Zur Entwicklung des Grundpfandrechts in der Schweiz

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

HERMANN SCHULIN
von Deutschland

Genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. A. Meier-Hayoz

1979
SCHULTHESS POLYGRAPHISCHER VERLAG AG
ZÜRICH

Zur Entwicklung des Grundpfandrechts in der Schweiz

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

HERMANN SCHULIN

von Deutschland

Genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. A. Meier-Hayoz

1979

SCHULTHESS POLYGRAPHISCHER VERLAG AG
ZÜRICH

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 9. Mai 1979

Der Dekan:
Prof. Dr. J. Rehberg

Die gleiche Arbeit ist erschienen:

beim Verlag Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main,
in: Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert, hrsg. von Helmut Coing und Walter Wilhelm, Band 3 (1976), S. 373 ff., sowie

bei Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, als Heft 5 der Reihe "Zürcher Studien zum Privatrecht", hrsg. von P. Forstmoser, C. Hegnauer, M. Keller, A. Meier-Hayoz, M. Rehbinder, W.R. Schluep und E. Stark.

Lizenzausgabe für beschränkte Auflage
© Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1979
ISBN 3 7255 1998 6

Mit freundlicher Genehmigung entnommen aus:
Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert, Band 3 (1976), S. 373 ff.
© Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main 1976
Druck: Juris Druck und Verlag AG, Zürich

UNIV. LEIDEN BIBL.

Meinem Vater

In das Schweizerische Zivilgesetzbuch von 1907 haben drei Arten von Grundpfandrechten[1] Eingang gefunden: die Grundpfandverschreibung, die Gült und der Schuldbrief. Die *Grundpfandverschreibung* dient der Sicherung einer persönlichen Forderung und ist dieser gegenüber akzessorisch; sie hat Ähnlichkeit mit der Hypothek des BGB. Die *Gült* hingegen ist eine Grundlast. Ihr liegt keine persönliche Forderung zugrunde; Haftungsobjekt ist allein das Grundstück. In der Urkunde verkörpert sie den Anspruch auf einen bestimmten Teil des Bodenwertes und des Ertrages. Der *Schuldbrief* ist eine Mischform zwischen der Grundpfandverschreibung und der Gült. Mit der Grundpfandverschreibung hat er gemein, daß auch bei ihm eine persönliche Forderung besteht, für die der Schuldner nicht nur mit seinem belasteten Grundstück, sondern auch mit seinem Vermögen haftet. Die beim Schuldbrief für den Verkehr ausgebildete Zirkulationsfähigkeit entspricht wiederum derjenigen bei der Gülturkunde. Wegen der unterschiedlichen gesetzlichen Ausgestaltung lassen sich die beiden Verkehrsgrundpfandrechte, Gült und Schuldbrief, mit der Grundschuld des BGB nicht ohne weiteres vergleichen[2].

[1] Vgl. allgemein hierüber den Abschnitt über das Grundpfandrecht bei Peter Tuor, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 8. Aufl., bearbeitet von Bernhard Schnyder, Zürich 1969, S. 586 ff., sowie die Kommentare von Carl Wieland, Das Sachenrecht (Art. 641—977 ZGB), 1. Aufl., Zürich 1909, und Hans Leemann, Sachenrecht, II. Abteilung (Art. 730—918 ZGB), 1. Aufl., Bern 1925, Anmerkungen zu den Art. 793 ff. ZGB.

[2] Im praktischen Ergebnis nähert sich die Grundschuld des BGB wohl eher dem Schuldbrief als der Gült, und zwar aus folgender Erwägung: Alle drei Verkehrsgrundpfandrechte werden möglichst unabhängig zur materiellen Forderung ausgestaltet. Bei der Grundschuld ist dies der Fall, weil sie zu ihrem Bestehen nach § 1192 I BGB keine Forderung voraussetzt. Bei der Gült und dem Schuldbrief folgt es daraus, daß das Schuldverhältnis, das der Errichtung zugrunde liegt, durch Neuerung gemäß Art. 855 ZGB getilgt wird. Im Unterschied zur Gült wird jedoch beim Schuldbrief eine persönliche Forderung durch die Neuerung begründet (Art. 842 ZGB), aber nur zu dem Zweck, um die Haftung des Schuldners auf sein Vermögen auszudehnen. Geht man aber bei der Grundschuld von dem Regelfall (wie ihn Wolff/Raiser, Sachenrecht, 10. Bearbeitung, Tübingen 1957, S. 534, annehmen) aus, daß sie zur Sicherung einer Forderung bestellt wird, so kann sich auch hier der Grund-

Bevor die Grundpfandrechte in den drei genannten Arten im Schweizerischen ZGB vereinheitlicht wurden, konnte man, wie Eugen Huber[3] berichtet, etwa 60 verschiedene Grundpfandarten in der Schweiz antreffen. Diese Zersplitterung erklärt sich daraus, daß den Kantonen die Hypothekengesetzgebungskompetenz zustand und sie in ihren Gebieten — je nach den wirtschaftlichen Bedürfnissen — eine oder mehrere Arten von Grundpfandrechten ausbildeten und nebeneinander zuließen. Ferner weist die Ausgestaltung der Grundpfandrechte in den einzelnen Kantonen eine unterschiedliche Entwicklungsstufe[4] auf. Gemeinsamer Ausgangspunkt ist zwar für alle die aus dem Mittelalter stammende ältere und neuere Satzung sowie die Rente; alle sind auch später durch die Rezeption des römischen Pfandrechts und im letzten Jahrhundert durch den Grundsatz der Publizität beeinflußt worden. Aber der Grad der Einflußnahme ist in den einzelnen Kantonen sehr verschieden gewesen. In den einen hat man streng am Überkommenen festgehalten, in den anderen ist man gegenüber Neuerungen aufgeschlossener und eher bereit gewesen, mit der Tradition zu brechen.

Es soll nicht meine Aufgabe sein, die Verschiedenartigkeiten dieser großen Zahl von Grundpfandarten im 19. Jahrhundert im einzelnen aufzuzeigen; vielmehr soll in Anlehnung an Eugen Huber[5] eine Aufteilung in drei Gruppen vorgenommen werden, nämlich in die der Gült, des Schuldbriefs und der gemeinrechtlichen Hypothek, und innerhalb dieser Gruppen sollen dann die wesentlichen Merkmale und Unterschiede hervorgehoben werden, die in diesem Rahmen aber nur überblicksweise und unvollständig gebracht werden können. Im Anschluß daran sollen die Gründe des Gesetzesredaktors Eugen Huber zur Reform und die heutige Ausgestaltung der drei Grundpfandarten im Schweizerischen ZGB dargelegt werden. In einer Schlußbemerkung soll noch kurz erwähnt werden, inwieweit sich die Grundpfandrechte seit Inkrafttreten des Zivilgesetzbuches bewährt haben.

schuldgläubiger wegen der persönlichen Forderung aus dem Vermögen des Schuldners befriedigen, und das führt zum selben Ergebnis wie beim Schuldbrief.

[3] Eugen Huber, Betrachtungen über die Vereinheitlichung und Reform des Schweizerischen Grundpfandrechtes, Basel 1898 (im folgenden abgekürzt: Betrachtungen), S. 69 f.; Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, verfaßt von Eugen Huber, II. Band, 2. Aufl., Bern 1914 (im folgenden abgekürzt: Erläuterungen II), S. 200.

[4] Huber, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes, III. Band, Basel 1889 (im folgenden abgekürzt: System III), S. 437.

[5] Huber, System III, S. 437 ff.

I. Entwicklung der Gült

Die Gült hat ihren Ursprung im mittelalterlichen Rentenkauf[6]: Dem Gültherrn als Käufer wurde vom Grundeigentümer oder Gültmann als dem Verkäufer gegen eine Geldsumme ein auf das Grundstück gelegter Zins verschafft. Es ging dabei dem Gültherrn in erster Linie darum, sein Kapital in einen ewigen Jahreszins als dauernde Anlage umzuwandeln. Der Grundeigentümer behielt sein Grundstück; er unterwarf es aber als nutzbaren Vermögensgegenstand der Teilherrschaft des Gültberechtigten. Dieses auf dem Grundstück lastende Recht auf Zinsen war eine Real- oder Grundlast. Bei Säumnis des Gültpflichtigen konnte der Gültberechtigte wegen der ausstehenden Zinsen Zugriff auf das Grundstück nehmen; nur mit diesem haftete ihm der Schuldner, nicht aber mit seinem übrigen Vermögen. Eine Kapitalforderung besaß der Gültberechtigte anfangs nicht[7]. Das Rechtsgeschäft war auf eine ewige Zinszahlung gerichtet und daher von keinem der Vertragspartner kündbar; der Gläubiger konnte die ausbezahlte Summe nicht zurückfordern, und der Schuldner konnte sie nicht ohne Einwilligung des Gläubigers zurückgeben[8]. Der Unterschied zum Darlehensgeschäft ist deutlich zu erkennen.

Im Laufe der Zeit fand eine Wandlung[9] der Gült statt, indem sie mehr und mehr den Charakter einer „Ewig-Zinszahlung" verlor und für den Realkredit zugänglicher ausgebildet wurde. War die Gült noch im 14. Jahrhundert nur ausnahmsweise ablösbar, so sahen die Urkunden seit dem 15. Jahrhundert fast regelmäßig die Möglichkeit einer Ablösung vor, und zwar sowohl auf seiten des Schuldners als auch auf seiten des Gläubigers. In Zürich[10] konnte sich in der Regel nur der Schuldner das Recht vorbehalten, die Gült durch Rückzahlung der Kapitalsumme abzulösen; der Gläubiger hatte meistens kein Recht, das Kapital zurückzufordern, aber dafür die Möglichkeit, sein Recht am Zins, das in einer Urkunde verbrieft war, weiter zu veräußern. Mit der Ablösbarkeit trat im 16. Jahrhundert auch eine Änderung der Gült ein: Sie wurde nicht nur als eine Reallast für Zinsfor-

[6] Vgl. hierüber Huber, System III, S. 438; derselbe, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes, IV. Band, Basel 1893 (im folgenden abgekürzt: Geschichte), S. 776, 780 ff.; Otto von Gierke, Deutsches Privatrecht, II. Band, Leipzig 1905, S. 752 ff.

[7] Huber, Betrachtungen, S. 55 (= Erläuterungen II, S. 188).

[8] Huber, System III, S. 460.

[9] Huber, Geschichte, S. 782 f.

[10] Fr. von Wyß, Die Gült und der Schuldbrief nach Zürcherischem Rechte, Zeitschrift für schweizerisches Recht (abgekürzt: ZSR) 9 (1861), S. 19; Peter Herold, Geschichte des Zürcher Grundpfandrechts, Diss. Zürich 1939, S. 54 ff., 62, 79, 83. Da die Rückzahlung des Kapitals wegen der Änderung des Geldwertes auf Schwierigkeiten stieß, nimmt Herold, S. 81, an, daß die Ablösung der Gült nie zur Regel wurde.

derungen, sondern auch als eine solche für die Kapitalforderung verstanden und verwendet[11]. Ferner konnte das Haftungsobjekt bei der Gült durch besondere Vereinbarung erweitert werden[12]. Reichte nämlich dem Gläubiger das Grundstück als Sicherheit nicht aus, so konnte er sich daneben die persönliche Haftbarkeit des Schuldners mit dessen Vermögen zusichern lassen, wie das seit dem 14. Jahrhundert immer häufiger vorkam. Das war vor allem bei einer mehrmaligen Belastung des Grundstücks für die Gläubiger mit dem schlechteren Rang von Bedeutung[13].

Hat sich auch die Gült durch die hier grob aufgezeigten Veränderungen immer mehr dem Institut des Grundpfandrechts genähert — Eugen Huber spricht als Ergebnis der Entwicklung von einer „Grundversicherung für Darlehen in Rentenform“[14] —, so hat sich diese Umwandlung nicht überall in gleichem Maße vollzogen. In einigen Gebieten der Schweiz, insbesondere in der Westschweiz, ist diese Entwicklung durch den Einfluß des gemeinen Rechts unterbrochen worden[15]; dort war es nicht gelungen, der Gült — den wirtschaftlichen Bedürfnissen entsprechend — die Funktionen eines Grundpfandes zu verleihen, und man übernahm daher die Hypothek aus dem gemeinen Recht, die sich den Verhältnissen besser anpassen ließ; in jenen Gebieten ist die Gült vollständig verdrängt worden. In anderen Gebieten, vor allem in der Ostschweiz mit dem Kern Zürich, hatte man die Gült in mehr oder weniger veränderter Form fortbestehen lassen, daneben aber gegen Ende des 16. Jahrhunderts ein neues Grundpfand geschaffen, das sich zum Teil aus Merkmalen der Gült, zum Teil aus solchen der neueren Satzung oder der gemeinrechtlichen Hypothek zusammensetzte[16]. Dieses neue Grundpfand wurde in Zürich Schuldbrief bezeichnet, gewann bald an Bedeutung und wurde der Gült vorgezogen. In der Zentralschweiz und in den beiden Kantonen Appenzell — dort unter dem Namen Zedel — hat sich die Gült als Hauptgrundpfand bis zur Vereinheitlichung Anfang dieses Jahr-

[11] Huber, Geschichte, S. 805.

[12] Huber, Geschichte, S. 783, 794, 805 f.

[13] Bei mehrmaliger Belastung ging der Gläubiger mit der früher errichteten Gült dem der später errichteten vor. Wollte der Schuldner den zeitlich zuerst und am besten gesicherten Gläubiger ablösen, so konnte dieser die Annahme der Zahlung so lange verweigern, bis alle ihm nachfolgenden Gläubiger abgelöst waren; auf diese Weise konnte er den Verlust seiner günstigen Position verhindern, die er bei Neuerrichtung einer Gült nicht mehr hätte einnehmen können; vgl. für Zürich: Herold, a.a.O., S. 62, 85.

[14] Huber, Geschichte, S. 783.

[15] Huber, Geschichte, S. 794; derselbe, Betrachtungen, S. 79 (= Erläuterungen II, S. 208).

[16] Huber, Geschichte, S. 795, 801; Herold, a.a.O., S. 96 ff.; Johann Caspar Bluntschli, Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich, II. Band, Zürich 1854, Anm. 1 zu § 772.

hunderts halten können[17]. Sie tritt in einer sehr unterschiedlich entwickelten Form auf, wovon im folgenden näher die Rede sein soll.

Es soll hierbei von der zu sichernden Forderung und ihrem Verhältnis zum dinglichen Recht ausgegangen werden. Die kantonalen Gesetze des 19. Jahrhunderts sprechen durchweg nicht mehr nur von einer Zinsforderung, sondern auch von einer Kapitalforderung[18]. Diese Kapitalforderung wird aber nicht als eine persönliche Forderung verstanden — also mit der Folge der persönlichen Haftung des Schuldners mit seinem Vermögen —, sondern als eine Forderung aufgefaßt, die in die Reallast miteinbezogen wird und für die demzufolge allein der jeweilige Grundeigentümer mit seinem belasteten Grundstück haftet. Eugen Huber vergleicht diesen Vorgang 1889 mit der Grundschuld und kann nur die in Preußen seit 1872 in Geltung gekommene gemeint haben, wenn er schreibt[19]:

„Man nennt analoge Verhältnisse anderswo ‚Grundschuld', ein Name, der auch in das schweizerische Recht aufgenommen zu werden verdient, indem eben hier wie dort nicht mehr bloß die Rente, sondern auch die Kapitalschuld als Reallast, d. h. als Schuld von Grund und Boden auftritt."

Die Kapitalforderung ist derart mit der Gült verbunden, daß für ein akzessorisches Verhältnis zwischen ihnen kein Raum ist. Forderung und Gült liegen nicht nebeneinander vor — nur ein Nebeneinander könnte zur Akzessorietät führen —, vielmehr wird die Forderung von der Gült mit verkörpert, oder, anders formuliert, Forderung und dingliches Recht bilden ein „Ganzes"[20].

Die Gült entsteht auf Grund eines formalen Errichtungsaktes, und zwar unabhängig von einem materiellen Schuldverhältnis[21]; das Belastungsgeschäft selbst bildet den Rechtsgrund. Von seiten der Behörde wird daher

[17] Huber, System III, S. 438 ff.; derselbe, Geschichte, S. 794 f.; derselbe, Betrachtungen, S. 79 (= Erläuterungen II, S. 208).

[18] Huber, System III, S. 454, 460. Vgl. z. B. für den Kanton Luzern: Otto Sidler, Die Gült nach Luzerner Recht, Diss. Bern 1897, S. 63, 66. In § 72 des Gesetzes über das Handänderungs- und Hypothekarwesen vom 6. Juni 1861 für den Kanton Luzern heißt es: „Die hypothekarischen Verschreibungen ... begründen zu Gunsten des rechtmäßigen Ansprechers (gemeint ist der Gläubiger) für die verschriebenen Schuldsummen eine Ansprache auf die in dem Titel verpfändeten Grundstücke ..." Jedoch beziehen sich die „hypothekarischen Verschreibungen" auf alle in diesem Gesetz genannten Hypothekenarten; die Gült ist eine Unterart hiervon, wie sich aus § 26 dieses Gesetzes ergibt. Vgl. hierzu Konrad Krieger, Gült und Schuldbrief im Kanton Luzern, Diss. Bern 1937, S. 45 f.

[19] Huber, System III, S. 454.

[20] Huber, System III, S. 455. Vgl. für den Kanton Luzern: Krieger, a.a.O., S. 50.

[21] Huber, System III, S. 475, 556; derselbe, Geschichte, S. 814 f.; derselbe, Betrachtungen, S. 56 (= Erläuterungen II, S. 189 f.). Vgl. für den Kanton Luzern: Sidler, a.a.O., S. 63; Krieger, a.a.O., S. 48 f., 62; Kasimir Pfyffer, Der Rechtsfreund für den Canton Luzern, Zürich 1842, S. 15, führt aus: „Eine ganz besondere Eigenthümlichkeit des luzerneri-

auch nicht nachgeprüft, ob ein Schuldverhältnis tatsächlich besteht, und ein solches wird auch nicht ins Protokoll oder in die Gülturkunde eingetragen. Immerhin liegt der Gült in der Mehrzahl der Fälle ein Schuldverhältnis zugrunde, sei es, daß es bereits besteht oder mit der Gülterrichtung entstehen soll, sei es, daß es erst in Aussicht genommen wird. Dabei kommt es auf den Willen der Parteien an, ob es neben der Gült fortbestehen oder aber durch Neuerung getilgt werden soll[22]. Im Zweifelsfall wird die Neuerungsabsicht der Parteien vermutet. Besteht das Schuldverhältnis fort, so kann die Gült auf dieses zwar Bezug nehmen, ist aber im übrigen infolge ihres abstrakten Charakters unabhängig von ihm[23]. Wird das Schuldverhältnis durch Neuerung getilgt, so tritt an seine Stelle ein Schuldverhältnis, das in der Gült aufgeht, mit der Folge, daß die Forderung aus ihm keine persönliche, sondern die Kapitalforderung der Gült darstellt. In beiden Fällen wird hierdurch eine mögliche Konfliktslage zwischen der Kapitalforderung der Gült und der persönlichen Forderung aus dem Schuldverhältnis vermieden.

Nicht alle Forderungsrechte sind geeignet, in eine bestimmte Gültforderung umgestaltet zu werden[24]. Ungeeignet sind insbesondere schwankende, unbestimmte oder ungewisse Forderungen, da ihr Inhalt und ihre Höhe auf ein materielles Schuldverhältnis angewiesen sind. Als Ausweg haben einige Kantone deshalb Nebenformen der Sicherung geschaffen, insbesondere für die Sicherung von Schaden[25], Kredit[26], Frauengut[27] und Kaufpreisschulden

schen Gültbriefs ist es, daß derselbe einen durchaus dinglichen Charakter hat und kein persönliches Schuldverhältniß mit sich führt."

[22] Huber, System III, S. 455; derselbe, Die Entwicklung der schweizerischen Gült zur modernen Hypothek, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie 12 (1918/1919), S. 272 (im folgenden abgekürzt: Entwicklung); vgl. z. B. für den Kanton Luzern: Sidler, a.a.O., S. 64; Krieger, a.a.O., S. 49.

[23] Krieger, a.a.O., S. 50, hebt hervor: „Wenn bei der Gült von einem Schuldverhältnis die Rede ist, so ist immer zu bedenken, daß es sich dabei nicht um eine neben dem Pfandrecht und als dessen Voraussetzung bestehende Obligation handelt, sondern daß die sogenannte ‚liegende Gültansprache' nur besteht kraft und in der engen Verbindung der Forderung und des Pfandrechts."

[24] Vgl. hierüber Huber, System III, S. 469 ff.

[25] Hierfür hat der Kanton Bern den „Schadlosbrief" geschaffen, Satzung 955 des Civilgesetzbuchs, zweiter Teil vom 1. April 1828; im Kanton Schwyz kennt man die „Kautionsurkunde", § 26 lit. d der Verordnung über das Notariatswesen vom 26. November 1867; im Kanton Waadt gibt es die „gardance de dams", geregelt in den Art. 17 ff. des Gesetzes vom 28. Mai 1824 sur les actes hypothécaires.

[26] Im Kanton Schwyz z. B. hat der Notar einen „Kreditschein" nach § 26 lit. e der Verordnung von 1867 auszufertigen, „wenn für eine künftige eigene oder fremde Schuld, deren wirklicher Betrag sich nach dem jeweiligen Rechnungsverhältniss richtet, bis auf eine gewisse bestimmt ausgesprochene Summe unterpfändliche Sicherheit gegeben wird".

[27] Im Kanton Appenzell A. Rh. werden z. B. die sogenannten Widerlegbriefe „zur Sicherstellung von Frauengut und von Vermögen minderjähriger oder unter Vormundschaft stehender Kinder" errichtet gemäß Art. 9 des Gesetzes über das Pfandrecht an Liegen-

bei Liegenschaften[28]. Im Ergebnis entsprechen diese Nebenformen mehr der gemeinrechtlichen Hypothek als der Gült, von der sie ausgegangen sind; denn hier wird die Nennung des konkreten Rechtsgrundes in der Urkunde erforderlich[29], und auf die Abhängigkeit des Grundpfandes von der Forderung kann kaum verzichtet werden. Als Beispiel sei die Berner Regelung des „Schadlosbriefes“ zur Sicherung eines allfälligen unbestimmten Schadens erwähnt; in Satzung 955 des Civilgesetzbuchs, II. Teil von 1828, heißt es:

„Der Schadlosbrief enthält das Versprechen, einem andern einen Schaden zu ersetzen, der ihm von dem Aussteller oder einem Dritten zuwachsen könnte, und die Einsetzung einer unbeweglichen Sache für eine in dem Schadlosbrief anzugebende Summe zu der Versicherung dieses Versprechens.“

Würde man hierauf die Regeln der Gült anwenden, so würde der Grundeigentümer infolge der Neuerung die angegebene Geldsumme schulden, auch wenn bisher kein Schaden eingetreten wäre. Er könnte zwar dem Gläubiger, mit dem er den Vertrag abgeschlossen hat, die Einrede der Arglist entgegenhalten, nicht aber dem redlichen Erwerber des Gültbriefes, wenn aus der Urkunde nicht der besondere Rechtsgrund hervorginge.

Die Ablösbarkeit der Gült[30] durch den Schuldner haben die kantonalen Gesetze im 19. Jahrhundert allgemein zugelassen. Der in der französischen Revolution proklamierte Satz von der Abschaffung der ewigen Zinsen hat auch die Schweiz beeinflußt, die in ihrer Verfassung vom 12. April 1798 in Art. 13 II festlegt: „Der Grund und Boden kann mit keiner Last, Zins oder Dienstbarkeit beschwert werden, wovon man sich nicht loskaufen könnte“[31]. Aber man ist nicht in allen Kantonen bereit gewesen, auch dem Gläubiger das Kündigungsrecht einzuräumen, vor allem aus der Sorge, der

schaften (Zedelgesetz) vom 30. April 1882 (ebenso schon nach Art. 11 des Gesetzes über das Zedelwesen vom 30. August 1835). Vgl. auch die „Widerlagsbriefe“ im Kanton Schwyz nach § 26 lit. f der Verordnung von 1867 und die „assignats“ im Kanton Waadt nach Art. 4 des Gesetzes von 1824 (zitiert oben N. 25).

[28] Zur Sicherung solcher Kaufpreisschulden dienen z. B. im Kanton Luzern die „Zahlungsbriefe“, geregelt in den §§ 63 ff. des Gesetzes von 1861 (zitiert oben N. 18), im Kanton Schwyz die „Kaufschuldbriefe“, § 26 lit. h der Verordnung von 1867.

[29] Huber, Betrachtungen, S. 57 (= Erläuterungen II, S. 190).

[30] Huber, System III, S. 460 ff.

[31] Vgl. hierzu Justus Wilhelm Hedemann, Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert, 2. Teil, 1. Hälfte, Berlin 1930, S. 31. Dieser Grundsatz findet auch in den Kantonsverfassungen Eingang. Unter den vielen sei hier der Wortlaut des Art. 84 II der Staatsverfassung für den Kanton Bern von 1846 angeführt: „Ein Grundstück soll künftig weder durch Gesetz noch durch Vertrag oder einseitige Verfügung einem Zins oder einer Rente unterworfen werden, die nicht loskäuflich sind.“ Bluntschli, a.a.O., Anm. 2 zu § 755, bemerkt: „Der Grundsatz der Ablösbarkeit aller dem Grundeigenthum auferlegten Reallasten ist seit der helvetischen Revolution in der Schweiz anerkannt und verfassungsmäßig bestätigt.“

Gläubiger könne sonst in Zeiten der Geldknappheit sein Kapital zurückfordern[32]. Auch hat man sich dort nie ganz von der Vorstellung einer ewigen Rente frei machen können. Als sich jedoch im Laufe des 19. Jahrhunderts nicht mehr genügend Gläubiger für unkündbare Gülten finden, weil sie ihr Geld außerhalb ihres Kantons zu besseren Bedingungen anlegen können, versuchen einige Kantone die Gült für den Gläubiger dadurch anziehender zu gestalten, daß sie die Kündbarkeit auch auf der Gläubigerseite zulassen. Manche Kantone, die die beiderseitige Kündigung gestatten, knüpfen ihre Zulässigkeit an bestimmte Voraussetzungen, sei es an Termine, Fristen oder an ausdrückliche Vertragsabreden, um der Willkür der Parteien Schranken zu setzen. So wird z. B. im Art. 42 des Luzerner Gesetzes über das Handänderungs- und Hypothekarwesen von 1861 bestimmt:

„Die Gülten sind von sechs zu sechs Jahren ablösbar. Der Ablösung muß eine Aufkündung vorangehen, zu welcher der Schuldner wie der Ansprecher (gemeint ist der Gültberechtigte) berechtigt ist. Diese Aufkündung muß, um gültig zu sein, wenigstens sechs Monate vor der Verfallzeit der Gült bei dem Botenweibel, in dessen Kreis das Unterpfand liegt, eingegeben werden . . ."

Im Kanton Bern darf zwar die Schuld im Gültbrief nach Satzung 946 des Civilgesetzbuchs, II. Teil von 1828, nicht für „unablöslich" erklärt werden; aber nach Art. 2 des Gesetzes über einige Abänderungen in der Hypothekargesetzgebung vom 8. August 1849 muß der Gläubiger die Kündigungsmöglichkeit mit dem Schuldner vereinbaren; denn sonst kann er nur bei Vorliegen der gesetzlichen Kündigungsgründe (z. B. dreijähriger Zinsrückstand) das Kapital gemäß Satzung 950 des Civilgesetzbuchs zurückfordern. Hingegen kann der Schuldner auch bei Fehlen einer Kündigungsvereinbarung gemäß Satzung 951 des Civilgesetzbuchs jederzeit die Gült ablösen, anfangs allerdings mit der Einschränkung, daß er zur Ablösung nur eigenes, nicht geliehenes Geld verwende[33].

[32] Vgl. hierzu Hedemann, a.a.O., S. 185 f. Als Beispiele seien genannt die Kantone Appenzell A. Rh., Art. 10 des Zedelgesetzes von 1882 (ebenso schon Art. 8 des Gesetzes über das Zedelwesen von 1835), und Appenzell I. Rh., Art. 10 des Gesetzes über Verpfändung der Liegenschaften (Zedelgesetz) vom 27. April 1884. Bluntschli (zitiert oben N. 16), Anm. zu § 772, bemerkt, daß es dem Gültpflichtigen, in der Regel dem Landwirt, sehr wichtig sei, vor einer Kündigung des Kapitals sicher zu sein, da er für raschen und plötzlichen Umsatz des Kapitals nicht vorbereitet sei und ihm eine ungelegene Kündigung trotz Vermögens in Konkurs treiben oder ihn nötigen könne, sich zu sehr ungünstigen Bedingungen der Gewalt des Kapitalisten auszuliefern.

[33] Durch Gesetz über die Hypothekarkasse vom 12. November 1846 wurde in § 21 bestimmt, daß Gültbriefe auch mit entliehenem Geld abgelöst werden können; insoweit ist die in Widerspruch stehende Satzung 951 aufgehoben. Vgl. Niggeler/Vogt, Sammlung der Civil- und Civilprozessgesetze des Kantons Bern, 7. Aufl., Bern 1882, S. 207 N. 1.

In einigen Kantonen hat es sich als zweckmäßig erwiesen, neben der starren Form der gewöhnlichen Gült noch andere Formen zuzulassen, die für gewisse Fälle die Ablösbarkeit vorsehen und dadurch dem Gläubiger Erleichterung verschaffen[34]. So gibt es im Kanton Appenzell A. Rh. neben dem auf Gläubigerseite unkündbaren „liegenden Zedel" den sogenannten Handwechselzedel[35], der beim Verkauf des Grundstücks zahlbar und somit von solchen Gläubigern bevorzugt wird, die durch einen Grundstücksverkauf keinen anderen zum Schuldner haben wollen; ferner den sogenannten Terminzedel[36], der zu einem fest vereinbarten und auf der Urkunde vermerkten Zeitpunkt zahlbar sein soll. Im Kanton Appenzell I. Rh. kennt man neben dem gläubigerseits unkündbaren Zedel auch den kündbaren, der zahlbar auf Verlangen lautet und frühestens fünf Jahre nach seiner Errichtung mit einer halbjährigen Kündigungsfrist vom Gläubiger gekündigt werden kann[37], sowie den Zedel mit zufälligem Kündigungsrecht, der mit dem Tod des Gläubigers zahlbar wird[38].

Bei der Durchführung der Ablösung hat man versucht, sowohl auf den Schuldner als auch auf den Gläubiger Rücksicht zu nehmen. Im Kanton Luzern beispielsweise hat man in einem früheren Gesetz[39] bestimmt, daß der Schuldner die Gült nach Aufkündigung nicht auf einmal, sondern in jährlichen Zahlungen von 300 Franken abzutragen habe. Hierdurch kommt man auch dem Gläubiger für den Fall entgegen, daß nicht er, sondern der Schuldner gekündigt hat; denn er braucht keine höhere Abzahlung anzunehmen und büßt infolgedessen seine sichere und günstige Kapitalanlage

34 Huber, System III, S. 466 ff.

35 Art. 7 des Zedelgesetzes von 1882 (ebenso schon Art. 9 des Gesetzes über das Zedelwesen von 1835).

36 Art. 8 des Zedelgesetzes von 1882 (ebenso schon Art. 10 des Gesetzes über das Zedelwesen von 1835).

37 Art. 13 des Zedelgesetzes von 1884.

38 Art. 14 des Zedelgesetzes von 1884.

39 Gesetz über Errichtung von Hypothekarinstrumenten vom 6. September 1831 (auch abgedruckt bei Kasimir Pfyffer, Erläuterung des bürgerlichen Gesetzbuches des Kantons Luzern, II. Teil, 1. Hauptstück, Luzern 1838, S. 7 ff.), insbesondere § 5, nach welchem die Gülten „von sechs zu sechs Jahren ablöslich gestellt werden müssen" und „sich in jährlichen Zahlungen von 300 Franken abzahlen", § 10, nach welchem jede geleistete Zahlung in die Gült eingeschrieben werden muß; in § 12 heißt es: „Wenn der Gläubiger eines Gültinstruments dasselbe aufkündet, so soll dem Schuldner die Befugniß zustehen, auf den ersten Zahlungstermin die Gült gänzlich abzubezahlen, wogegen ihm das Instrument unzernichtet zur Hand gestellt werden soll." Bei einer hohen Kapitalsumme kann sich ihre Abzahlung durch diese gesetzlich niedrig gehaltenen Raten auf Jahre hinaus erstrecken. Dieser Unannehmlichkeit kann der Gläubiger, wie Pfyffer, Rechtsfreund (zitiert oben N. 21), S. 14, schreibt, „dadurch entgehen, daß er, wenn er ein Darleihen macht, sich eine Handschrift oder Obligation ausstellen und den Gültbrief sich als Pfand oder Hinterlage für das Darleihen geben lässt."

nur langsam ein, vor allem in Zeiten, in denen er sein Kapital nicht mehr so gut und schnell anlegen kann. Hat er hingegen von sich aus gekündigt, so genießt er keinen Schutz; der Schuldner hat daher das Recht – nicht die Pflicht –, die Gült zum ersten Zahlungstermin ganz abzuzahlen. In einem späteren Gesetz[40] sind die Abzahlungsquoten geändert worden, und dem Schuldner wird es freigestellt, ob er die Gült in einem einzigen Zahlungstermin vollständig oder in mehreren Terminen in den gesetzlich festgelegten Quoten ablösen will, unabhängig davon, von welcher Seite aus gekündigt worden ist.

Es wäre verfehlt, bei dieser Regelung von einer Amortisation im Sinne einer Amortisationshypothek zu sprechen; denn vor Aufkündigung bleibt die Kapitalsumme der Gült unverändert bestehen, weil der Gläubiger keine ratenweise Abzahlung anzunehmen braucht. Eine Gültenamortisation wird erst seit der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts von den in den einzelnen Kantonen neu gegründeten Kantonalbanken angestrebt und betrieben[41]. Als Beispiel diene der Kanton Obwalden, der im Art. 9 des Bankgesetzes vom 26. April 1885 für seine Kantonalbank festsetzt, daß sie „sowohl auf dem Wege des Gültenankaufes als auch auf dem Wege des Darlehens gegen vollgenügende Realkaution die Gültenamortisation möglichst fördern" solle. Nach dieser Vorschrift darf für die Tilgungsrate zusammen mit dem Jahreszins nicht mehr als 5 % des ursprünglichen Nennwertes der Gült gefordert werden. Diese Regelung soll sich bewährt haben, vor allem der Landwirtschaft zugute gekommen sein und ihrer hohen Bodenverschuldung

[40] Gesetz von 1861 (zitiert oben N. 18), §§ 43, 44. § 43 lautet: „In der Regel werden die Gülten nach erfolgter Aufkündung wie folgt abbezahlt: bis auf Fr. 500 auf einmal, bis auf Fr. 2 000 in jährlichen Zahlungen von 500 Fr.; größere Summen in vier gleichen jährlichen Zahlungen." Vgl. hierzu Sidler, a.a.O., S. 97 f. – Im Kanton Bern hat der Schuldner das Recht, die „Gültbriefschuld ganz oder wenigstens den dritten Theil des ursprünglichen Belaufs derselben abzulösen", Satzung 951 des Civilgesetzbuchs, II. Teil von 1828. Im Kanton Appenzell A. Rh. ist der Gläubiger bei teilweiser Abzahlung nach Art. 12 II des Zedelgesetzes von 1882 nicht verpflichtet, eine kleinere Summe als hundert Franken anzunehmen (fünfzig Gulden nach Art. 14 II des Gesetzes über das Zedelwesen von 1835).

[41] Hedemann, a.a.O., S. 191 f.; Eduard Wegener, Die schweizerischen Bodenkreditinstitute 1846–1912, München/Leipzig 1915, der dieser Frage in den einzelnen Kantonen nachgeht, z. B. im Kanton Bern bei der bereits im Jahre 1846 gegründeten staatlichen Hypothekarkasse, dem ältesten Bodenkreditinstitut in der Schweiz, S. 45 ff., im Kanton Luzern bei der 1850 ins Leben gerufenen Kantonal-Spar- und Leihkasse, seit 1892 unter dem Namen Luzerner Kantonalbank, S. 67 ff., im Kanton Schwyz bei der 1890 eröffneten Kantonalbank, S. 127 ff., im Kanton Obwalden bei der 1885 gegründeten Kantonalbank, S. 144 f. Vgl auch Ed. Näf, Die Tilgungshypothek im Dienste der Landwirtschaft, Zeitschrift für Schweizerische Statistik 43 (1907), S. 1 ff., insbes. S. 10 ff., der auf S. 12 darauf hinweist, daß die hohe Tilgungsrate das größte Hindernis für die Ausbreitung der Tilgungshypothek gewesen sei.

abgeholfen haben[42]. Im Kanton Luzern hingegen sollen sich die „Annuitätendarleihen“ keiner Beliebtheit erfreut haben, weil eine Hypothekenamortisation zu lange dauere[43].

Der Zinsfuß der Gült ist manchenorts durch Höchstgrenzen gesetzlich eingeschränkt[44]. Im Kanton Luzern z. B. darf der Zinsfuß bei den gewöhnlichen Gülten anfänglich nicht 5 %[45], später nicht 4½ %[46] übersteigen. Ebenso ist im Kanton Appenzell A. Rh. der Zinsfuß mit höchstens 4½ % vorgeschrieben[47]. Im Kanton Bern bestimmt Satzung 945 des Civilgesetzbuchs, II. Teil von 1828, sogar, daß die Schuldsumme im Gültbrief zu 5 % für das Jahr zinstragend verschrieben werden soll und daß eine andere Vereinbarung des Gläubigers und Schuldners über den Zinsfuß ungültig sei. Diese Vorschrift wird jedoch 1836 dahingehend abgeändert, daß eine Vereinbarung über einen niedrigeren Zinsfuß erlaubt sei[48]. Die eher niedrig vorgeschriebenen Zinsen dienen dem Schutz des Schuldners und sollen ihn vor einer übermäßigen Zinsenlast bewahren; andererseits bedeuten sie eine Beschränkung für den Gläubiger, der bestrebt ist, sein Kapital zu günstigeren Bedingungen anzulegen.

Formell wird die Gült durch den sogenannten Fertigungsakt vor der Behörde errichtet[49]. Hierbei wird eine Urkunde über die Gült ausgestellt, in der die Namen der Parteien, die Kapitalsumme sowie die Höhe und Fälligkeit der Zinsen genannt und das Grundstück und seine bisherigen Belastungen angegeben werden[50]. Ferner wird die Gültbestellung in ein Protokollbuch eingetragen[51]. Ohne Fertigung und Eintragung kann die Gült nicht entstehen. Mit dem Fertigungsakt ist dem Publizitätsgrundsatz Rechnung

[42] Wegener, a.a.O., S. 145.

[43] Wegener, a.a.O., S. 71.

[44] Vgl. hierüber Huber, System III, S. 461 f., 465 ff.; Hedemann, a.a.O., S. 188.

[45] § 5 lit. c des Gesetzes von 1831 (zitiert oben N. 39), ebenso noch § 28 lit. c des Gesetzes von 1861 (zitiert oben N. 18); hingegen ist in § 65 lit. e des Gesetzes von 1861 keine Beschränkung des Zinsfußes für den Zahlungsbrief (vgl. oben N. 28) vorgesehen.

[46] § 1 des Abänderungsgesetzes vom 1. Juni 1886.

[47] Art. 5 des Zedelgesetzes von 1882 (ebenso schon Art 12 des Gesetzes über das Zedelwesen von 1835).

[48] § 1 des Gesetzes über Bestimmung des Zinsfußes und Ablösung der Kapitalien vom 14. November 1836, abgedruckt bei Niggeler/Vogt (zitiert oben N. 33), S. 206 N. 1.

[49] Huber, System III, S. 47 ff. Vgl. auch oben bei N. 21.

[50] Huber, System III, S. 512 f. Beispiele: Kanton Luzern, § 28 des Gesetzes von 1861 (zitiert oben N. 18), ebenso vorher § 5 des Gesetzes von 1831 (zitiert oben N. 39); Kanton Obwalden, Art. 37 des Hypothekargesetzes vom 20. Februar 1858; Kanton Schwyz, §§ 22, 24 der Verordnung von 1867 (zitiert oben N. 25); Kanton Bern, Satzung 941 des Civilgesetzbuchs, II. Teil von 1828, wonach der Gültbrief auch den Grund der Verpflichtung zu enthalten hat.

[51] Z. B. Hypothekenprotokoll oder Hypothekenbuch im Kanton Schwyz, § 24 der Verordnung von 1867; Pfand- oder Gültenprotokoll im Kanton Obwalden, Art. 1 des

getragen, wenn auch noch in unzureichendem Maße. Das liegt vor allem daran, daß die Protokolle häufig noch chronologisch geführt werden und es daher umständlich ist, die Belastungen einer Liegenschaft festzustellen. In den Kantonen, in denen die Ausstellung der Urkunde die Hauptsache des Fertigungsaktes darstellt[52] und infolgedessen dem Protokolleintrag nicht die maßgebende Bedeutung zukommt, ist die Publizität insofern unvollkommen, als der Dritte, der beispielsweise ein nachgehendes Grundpfandrecht erwerben will, die verläßlichere Beurkundung, nämlich den Gültbrief, nicht einsehen kann[53].

Der Fertigungsakt wird im allgemeinen erst durchgeführt, wenn vorher eine behördliche Schätzung[54] des zu belastenden Grundstücks stattgefunden hat. Hierdurch will man dafür Sorge tragen, daß das Grundstück dem Gläubiger die nötige Sicherheit bietet und daß der gute Ruf der Gült als zuverlässiges Sicherungsmittel im Allgemeininteresse gewahrt bleibt. Die katastermäßige Vermessung ist in diesen Gebieten noch nicht erstellt, und so ist man auf eine sorgfältige Schätzung angewiesen. Die kantonalen Gesetze verleihen diesem Erfordernis den nötigen Nachdruck, indem sie die zuständigen Organe für eine bestimmte Dauer für die Richtigkeit der Schätzung einstehen lassen[55]. Eine solche Schätzung kann zudem für solche Kantone erforderlich werden, die eine Beleihungsgrenze vorschreiben, um hierdurch die Sicherheit der Gült noch mehr zu steigern und einer Überschuldung vorzubeugen. So hat man im Kanton Obwalden eine Belastung grundsätzlich

Hypothekargesetzes von 1858; Pfandprotokoll im Kanton Appenzell A. Rh., Art. 4 des Zedelgesetzes von 1882; Gültenprotokoll für die Eintragung des Gültaufsatzes (= Entwurfs) im Kanton Luzern, § 37 des Gesetzes von 1861.

[52] Z. B. im Kanton Luzern, §§ 29 des Gesetzes von 1861; im Kanton Nidwalden, Art. 2 A Nr. 1 des 13. Titels, 2. Absatz des Gesetzbuchs von 1867 (I. Band, S. 668); im Kanton Bern, Satzungen 947 bis 949 des Civilgesetzbuchs, II. Teil von 1828, wonach eine Eintragung der Gült in öffentliche Bücher im Unterschied zur „Pfandobligation" (Art. 14 des Gesetzes über einige Abänderungen in der Hypothekargesetzgebung vom 8. August 1849) nicht vorgeschrieben ist.

[53] Huber, Betrachtungen, S. 20.

[54] Huber, System III, S. 489 ff. Die Schätzung ist obligatorisch z. B. im Kanton Bern, Satzungen 933 bis 938 des Civilgesetzbuchs, II. Teil von 1828 (bei den „Pfandobligationen" ist sie hingegen nur fakultativ, Art. 3 des Gesetzes von 1849); im Kanton Luzern, §§ 30 bis 33 des Gesetzes von 1861 (zitiert oben N. 18), ebenso vorher § 6 des Gesetzes von 1831 (zitiert oben N. 39); im Kanton Nidwalden, Art. 2 A Nr. 10 des 13. Titels, 2. Absatz des Gesetzbuchs von 1867 (I. Band, S. 674). Im Kanton Appenzell A. Rh. ist nur in Zweifelsfällen eine Schätzung gemäß Art. 3 II des Zedelgesetzes von 1882 (ebenso schon Art. 5 des Gesetzes über das Zedelwesen von 1835) durchzuführen, nämlich dann, wenn nicht sicher ist, daß der Zedel den Wert des Grundstücks nicht übersteigt.

[55] Z. B. Kanton Bern, Satzung 934 des Civilgesetzbuchs, II. Teil von 1828; Kanton Luzern, § 31 des Gesetzes von 1861, vgl. hierzu Sidler, a.a.O., S. 89 f.

nur bis zu drei Vierteln des wahren Grundstückswertes zugelassen und bei höherer Belastung die entsprechenden Gülten für ungültig erklärt[56].

Ist der Fertigungsakt vollzogen, so ist damit das dingliche Recht entstanden[57]; bei der Gült wird zugleich auch die Forderung begründet.

Die Gülturkunde ist für die Geltendmachung und Übertragung der Kapitalforderung unerläßlich und hat daher Wertpapiercharakter[58]. Die Übertragung der Gült geschieht durch Übergabe der Urkunde, erfolgt also wie die Übergabe einer beweglichen Sache[59]. Da die Gültforderung durch die Urkunde verkörpert wird und diese zumeist nicht auf den Namen des Gläubigers lautet, wendet man auf sie im allgemeinen nicht die Formvorschriften der Forderungsabtretung an[60], wie das zum Teil anders beim Schuldbrief[61] und bei der Grundpfandverschreibung[62] vorgesehen ist. Diese Vereinfachung erleichtert in großem Maße den Verkehr der Gült.

Bei der mehrmaligen Belastung eines Grundstücks gewinnt das System der festen Pfandstellen[63] mehr und mehr an Bedeutung. Diese Entwicklung ist dadurch begünstigt worden, daß man schon früh zwischen dem Wert des Grundstücks zur Zeit der ersten Belastung und seiner späteren Wertsteige-

[56] Art. 9 des Hypothekargesetzes von 1858, ebenso später Art. 4 des Gesetzes betreffend Handänderungen um Liegenschaften und Errichtung eines Grundbuches vom 30. April 1882. Bei Erbteilung findet diese Regelung jedoch keine Anwendung. Hat der Gültenschreiber oder Gültenprotokollschreiber Zweifel, ob sich die zu errichtende Gült noch innerhalb der Beleihungsgrenze befindet, so hat er die Pflicht, eine amtliche Schätzung zu verlangen, Art. 4 III des Gesetzes von 1882. — Im Kanton Appenzell A. Rh. dürfen die sogenannten Handwechselzedel (vgl. oben N. 35) den zehnten Teil des wahren Grundstückswertes nicht übersteigen, Art. 7 des Zedelgesetzes von 1882. Vgl. hierzu Huber, System III, S. 495, ferner Hedemann, a.a.O., S. 182 ff., 184.

[57] Im Kanton Obwalden heißt es z. B. im Art. 1 Abs. 1 des Hypothekargesetzes von 1858: „Das Pfandrecht an einer Liegenschaft wird durch eine gesetzlich bestellte Fertigung und Eintragung derselben in das Pfandprotokoll erworben." Im Kanton Schwyz wird die Hypothekenbestellung bereits mit der Unterzeichnung durch die Parteien und den Notar im Konzeptprotokoll „rechtskräftig", § 23 der Verordnung von 1867.

[58] Huber, System III, S. 513, 556 ff.; derselbe, Entwicklung, S. 273.

[59] Vgl. z. B. Kanton Luzern, § 72 des Gesetzes von 1861 (zitiert oben N. 18), hierzu Sidler, a.a.O., S. 82, 119; Krieger, a.a.O., S. 61. Die Luzerner Gült ist ein Inhaberpapier, da sie auf den Inhaber ausgestellt wird, vgl. Krieger, S. 63 f.

[60] Im Kanton Luzern sah noch § 27 des bis 1861 geltenden Gesetzes von 1831 (zitiert oben N. 39) vor, daß die „Abtretung eines Hypothekarinstruments ... mit einem schriftlichen Abtretungsschein begleitet sein" soll.

[61] Siehe unten N. 120.

[62] Soweit die Kantone der Westschweiz keine Formvorschriften über die Abtretung der durch eine Grundpfandverschreibung gesicherten Forderung erlassen haben, gilt Art. 184 des Bundesgesetzes über das Obligationenrecht vom 14. Juni 1881, nach welchem die Abtretung ohne Form zwar zwischen den Kontrahenten verbindlich ist, jedoch gegenüber Dritten nur wirksam ist, wenn der Übergang schriftlich beurkundet ist.

[63] Huber, System III, S. 595 f.; derselbe, Geschichte, S. 809 f.; derselbe, Entwicklung, S. 272.

rung unterschieden hat. Nur diese Wertsteigerung, die sogenannte Überbesserung, konnte für die zweite Belastung in Frage kommen. Von dieser Vorstellung rührt der Ausdruck „Überbesserungsbrief“ her, der in einigen kantonalen Gesetzen noch verwendet wird[64]. Hat man aber einmal für mehrere Belastungen eine Unterscheidung des Grundstückswertes vorgenommen und jede Belastung sich nur auf einen bestimmten, vom anderen getrennten Wert erstrecken lassen, so liegt der weitere Schritt der Entwicklung — bei entsprechendem Bedürfnis der wirtschaftlichen Verhältnisse — nicht mehr fern, die Werteinteilung des Grundstücks schon von vornherein — also unabhängig von einer möglichen Wertsteigerung im Zeitpunkt späterer Belastungen — durchzuführen. Die Belastung mit einer Gült nimmt nicht den ganzen zur Verfügung stehenden Grundstückswert ein, sondern beansprucht ihn nur in Höhe ihrer Kapitalforderung. Der übrigbleibende Grundstückswert ist frei für weitere Belastungen. Die Wertquote des Grundstücks, die der ersten Gült zugewiesen wird, denkt man sich getrennt und unabhängig von den anderen Wertquoten, die späteren Gülten eingeräumt werden. Auf diese Weise gelangt man zu sogenannten ideellen Pfandstellen. Ihre Reihenfolge entspricht dem Rang der Gült, und dieser bestimmt sich nach dem Zeitpunkt ihrer Errichtung.

Wie sich die Ablösung einer Gült auf die nachfolgenden Pfandstellen auswirkt, haben die kantonalen Gesetze im 19. Jahrhundert unterschiedlich gelöst[65]. Einige Gesetze[66] schreiben vor, daß mit Zahlung der Schuld die Gült zu löschen und der Gültbrief zu entkräften sei und daß an der alten Pfandstelle keine neue Gült errichtet werden könne. Hier rücken die nachfolgenden Gülten vor. Andere Kantone versuchen dieses Ergebnis zu vermeiden,

[64] Z. B. in der Stadt Basel, § 26 des Gesetzes über Errichtung eines Grundbuchs vom 16. April 1860.

[65] Huber, System III, S. 604 ff.; derselbe, Geschichte, S. 810 N. 39.

[66] Z. B. Kanton Appenzell A. Rh., Art. 12 V des Zedelgesetzes von 1882, nach welchem der Gläubiger den Zedel bei vollständiger Ablösung zu entsiegeln hat, sowie Art. 13 des Gesetzes, der bestimmt, daß, wenn durch Abzahlung eines Zedels eine Lücke in der Reihenfolge der Zedel entsteht, die hinteren Zedel vorrücken. Das Gesetz über das Zedelwesen von 1835 sah im Art. 16 II noch die Ausnahme vor, daß drei Jahre nach Abzahlung zugunsten des früheren Gläubigers „gezedelt“ werden dürfe. — Im Kanton Bern geht die Gült mit Tilgung der Forderung unter; bei vollständiger Abzahlung löscht der Amtschreiber die Gült im öffentlichen Buch und „kanzelliert“ den Gültbrief, bei teilweiser Abzahlung trägt er diese sowohl im öffentlichen Buch als auch — falls dies nicht bereits vom Gläubiger geschehen ist — im Gültbrief ein; bei Löschung der Gült rücken die folgenden Gläubiger vor, Satzungen 496 bis 498 des Civilgesetzbuchs, II. Teil von 1828; vgl. dazu Samuel Ludwig Schnell, Civil-Gesetzbuch für die Stadt und Republik Bern, II. Teil, 1. Hauptstück, Bern 1827, Anm. zu Satzung 497; Karl Gustav König, Civilgesetzbuch für den Kanton Bern, II. Band, Bern 1880, Anm. zu Satzung 497.

indem sie entweder anordnen, daß bei Ablösung der Gültforderung der Gültbrief nicht vernichtet und die Gült nicht gelöscht werden solle[67] oder daß trotz Löschung die nachfolgende Gült nicht an deren Stelle trete[68]. Sie wollen es hierdurch dem Grundeigentümer ermöglichen, einen neuen Kredit zu den gleich günstigen Bedingungen wie für die abgetragene Schuld zu erhalten; denn man empfindet es als ungerechtfertigt, daß die nachfolgenden Gläubiger, die andere und bessere Bedingungen wegen der geringeren Sicherheit ihrer Pfandstellen ausgehandelt haben, durch das Nachrücken begünstigt würden. Die kantonalen Gesetze sind hier sogar so weit gegangen, daß sie bei Abzahlung der Schuld keinen Untergang der Gültforderung eintreten lassen. Der Schuldner hat vielmehr den Anspruch auf Rückgabe der Gülturkunde zu dem Zweck, daß er sie zur Sicherung neuen Kredits verwenden kann. Auch der zeitweiligen Vereinigung der Gläubiger- und Schuldnerstellung in einer Person mißt man nicht die Wirkung des Untergangs der Gültforderung bei[69]. Bei diesen Bestimmungen stößt man wegen der Gültforderung nicht auf rechtliche Schwierigkeiten, weil sie als ein formelles Element der Gült verstanden wird und für sie die Vorschriften, die auf eine materiellrechtliche Forderung Anwendung finden, nicht bindend sind.

[67] Z. B. Kanton Uri, Gesetz betreffend die Aushändigung abgelöster Schuldtitel vom 6. Mai 1883, das die ursprüngliche Regelung des Art. 138 des Landbuchs vom 7. Mai 1820, I. Band, S. 125, wonach der Gläubiger den Gültbrief „verschnitten" dem Schuldner aushändigen mußte, aufhebt. – Kanton Luzern bestimmt im § 44 des Gesetzes von 1861 (zitiert oben N. 18), daß der Gültbrief dem Schuldner bei Zahlung „unentkräftet" herauszugeben ist. Wird jedoch der Gültbrief infolge Zahlung vernichtet, so darf an der gleichen Stelle, wenn noch Gläubiger nachfolgen, keine neue „Verschreibung" nach § 80 stattfinden. Vgl. hierzu Huber, System III, S. 605 N. 4; Krieger, a.a.O., S. 106, 135. Nach dem vorher geltenden Gesetz von 1831 (zitiert oben N. 39), § 12, stand dem Schuldner das Recht auf Herausgabe des „unzernichteten Instruments" nur zu, wenn der Gläubiger die Gült aufgekündigt hatte; vgl. auch Sidler, a.a.O., S. 98 N. 4.

[68] Z. B. Kanton Obwalden, Art. 1 der revidierten Bestimmungen des Hypothekargesetzes vom 28. Oktober 1886: „Durch die Löschung einer Pfandversicherung tritt die nachfolgende Gült in der Regel nicht an deren Stelle. Die Errichtung eines neuen Pfandbriefes in der Reihenfolge der am Protokoll getilgten Gült ist daher gestattet." Hierdurch wird Art. 11 des Hypothekargesetzes von 1858, nach welchem die nachfolgenden Gülten vorrückten, aufgehoben. Vgl. hierzu Huber, System III, S. 605 N. 1, der unter anderm auf den Zweck dieser Änderung, nämlich die Förderung der Gültenamortisation, hinweist. Ferner Kanton Appenzell I. Rh., Art. 21 des Zedelgesetzes von 1884 (abgedruckt auch bei Huber, System III, S. 605 N. 3).

[69] Huber, System III, S. 566 f.; z. B. Kanton Nidwalden, Art. 2 A Nr. 2 des 13. Titels, 2. Absatz des Gesetzbuchs von 1867 (I. Band, S. 670); Kanton Luzern, § 772 des bürgerlichen Gesetzbuchs, II. Teil von 1839, zwar bildet die Vereinigung einen Erlöschensgrund, aber solange der Grundeigentümer die Gült in den öffentlichen Büchern nicht löschen läßt und den Gültbrief nicht vernichtet, ist die Gült „nicht als erloschen zu betrachten", vgl. Kasimir Pfyffer, Erläuterung des bürgerlichen Gesetzbuches des Kantons Luzern, II. Teil, 2. Hauptstück, Luzern 1839, Anm. zu § 772.

Auf diesem Umweg hat man erreicht, daß das Nachrückungsprinzip in der Mehrzahl der Fälle ausgeschlossen wird und man nun eher von festen Pfandstellen sprechen kann. In dieser Richtung ist man noch einen Schritt weitergegangen. Denn dem Grundeigentümer wird nicht nur gestattet, Gültbriefe auf den Namen eines bestimmten Gläubigers, die er später zurückerhält, anderen Gläubigern weiterzugeben, sondern ihm wird auch erlaubt, Gültbriefe auf den Namen des Inhabers[70] zu errichten, um sie nach seinem Belieben in Umlauf zu setzen. Hierdurch kann er sich eine Pfandstelle reservieren, bevor überhaupt ein materielles Schuldverhältnis zustande gekommen ist. In beiden Fällen hat er, solange er den Gültbrief in Händen hat, eine Gült an eigener Sache[71]. Im Kanton Appenzell I. Rh.[72] hat man hieraus noch die letzte Folgerung gezogen, indem man es zuläßt, daß der Grundeigentümer die Gült (Zedel) auf sich selbst, auf seinen Namen errichten kann und so eine Eigentümergült begründet. Auf Grund dieser erweiterten Befugnisse ist der Grundeigentümer ohne weiteres in der Lage, den Wert seines Grund und Bodens mit Hilfe von Gültbriefen zu realisieren. Jeder seiner Gültbriefe verkörpert einen bestimmten Teil des Bodenwertes; durch Weitergabe kann er sie leicht in Geld umsetzen. Der „Mobilisierung des Bodenwertes“[73] sind in rechtlicher Hinsicht in weitem Maße die Wege geebnet.

Bei der Zwangsvollstreckung in das Grundstück beachtet man das System der festen Pfandstellen nicht[74]. Die leeren und vom Grundeigentümer noch nicht verwerteten Stellen bleiben außer Betracht; in sie rücken die nachfolgenden Gläubiger vor. Es wäre folgerichtiger gewesen, wenn man auch hier den Wert der leeren Pfandstellen dem Grundeigentümer zukommen ließe. Doch die Erfahrung hat gezeigt, daß in Fällen, in denen der Erlös für alle Grundpfandgläubiger bei Berücksichtigung der leeren Stellen nicht ausreichte, es ungerechtfertigt gewesen wäre, wenn nachfolgende Gläubiger

[70] Huber, System III, S. 502 f.; z. B. Kanton Luzern, § 28 des Gesetzes von 1861 (zitiert oben N. 18), nach welchem die Gült den Namen des Pfandgebers, nicht aber den des Gläubigers zu enthalten hat, vgl. Krieger, a.a.O., S. 63, 105; Kanton Appenzell A. Rh., Art. 4 I des Zedelgesetzes von 1882.

[71] Huber, System III, S. 503; derselbe, Entwicklung, S. 273; für den Kanton Luzern vgl. Sidler, a.a.O., S. 108 ff., Krieger, a.a.O., S. 104 ff., 136.

[72] Huber, System III, S. 503; derselbe, Geschichte, S. 810 N. 39; derselbe, ZSR 4 (1885), S. 421.

[73] Huber, System III, S. 504; derselbe, Betrachtungen, S. 58 ff. (= Erläuterungen II, S. 191 ff.).

[74] Huber, System III, S. 597; derselbe, Entwicklung, S. 273; im Kanton Luzern ist es streitig gewesen, ob der Grundeigentümer bezüglich der unveräußerten Eigentümergült in der Zwangsvollstreckung die Stellung eines Gläubigers einnehme, bejahend Sidler, a.a.O., S. 116, über die sich widersprechende Gerichtspraxis vgl. S. 110 ff.; Krieger, a.a.O., S. 119 f.

Einbußen erlitten hätten; denn sie hätten keine Möglichkeit gehabt, sich an den realisierten Wert der leeren Pfandstelle zu halten, da er in das übrige Vermögen des Schuldners gefallen wäre.

Bei der Gült besteht die Besonderheit, daß der Grundeigentümer immer zugleich der Schuldner sein muß, daß also ein Auseinanderfallen von Eigentum am belasteten Grundstück und Schuldnerschaft nicht zugelassen wird[75]. Das folgt daraus, daß die Gült keine persönliche Schuldnerschaft kennt und allein mit dem Grundstück verhaftet ist. Damit ist es auch ausgeschlossen, daß sich der Schuldner auf fremdem Grundstück eine Gült errichten läßt. Veräußert der Schuldner sein belastetes Grundstück, so tritt an seine Stelle der Erwerber nicht nur als neuer Eigentümer, sondern auch ipso iure als neuer Schuldner[76]; der Veräußerer hört auf, Schuldner zu sein.

Schwierigkeiten bereitet es, wenn bei der Grundstücksveräußerung Zinsen der Gült anstehen[77]. Hierbei behandelt man rückständige Zinsen, die in den letzten zwei, drei[78] oder vier Jahren fällig geworden sind, wie die Kapitalforderung, d. h. der neue Eigentümer allein haftet für sie mit seinem Grundstück. Alle früher fällig gewordenen rückständigen Zinsen werden zu einer persönlichen Schuld des früheren Grundeigentümers, was man mit einer stillschweigenden Stundungsabrede zu erklären versucht. Solche Zinsen werden von der Grundlast nicht mehr erfaßt; für sie haftet der frühere Schuldner allein.

Eine weitere Schwierigkeit tritt ein, wenn das belastete Grundstück geteilt wird und die Teilstücke auf mehrere Eigentümer übergehen[79], wie es bei einer Erbteilung vorkommen kann. Hieraus entsteht zwischen dem Gläubiger und der Anzahl der Parzelleneigentümer ein Gesamtschuldverhältnis, wonach jeder der Eigentümer für die ganze Schuld haftet. Um dieses Ergebnis zu vermeiden, wenden einige kantonale Gesetze hierauf die sogenannte Einzinserei[80] an. Einer der Parzelleneigentümer wird als sogenannter Trager bestimmt und haftet dem Gläubiger für die ganze Schuld, wäh-

[75] Huber, System III, S. 497 f., 536; derselbe, Geschichte, S. 814; z. B. Kanton Luzern, § 29 des Gesetzes von 1861 (zitiert oben N. 18), vgl. auch Krieger, a.a.O., S. 50, 92.

[76] Vgl. für den Kanton Luzern: Kasimir Pfyffer, Erläuterung des bürgerlichen Gesetzbuches des Kantons Luzern, II. Teil, 1. Hauptstück, Luzern 1838, Anm. zu § 364 (S. 18 f.); Sidler, a.a.O., S. 66 f.; Krieger, a.a.O., S. 93 f.

[77] Huber, System III, S. 537; derselbe, Entwicklung, S. 270.

[78] So im Kanton Luzern, § 73 lit. a des Gesetzes von 1861 (zitiert oben N. 18); vgl. auch Sidler, a.a.O., S. 67, und Krieger, a.a.O., S. 95 f.

[79] Huber, System III, S. 537 ff.; derselbe, Betrachtungen, S. 81 f. (= Erläuterungen II, S. 210).

[80] Z. B. Kanton Luzern, § 3 des Gesetzes betreffend Abänderung des Gesetzes über das Handänderungs- und Hypothekarwesen vom 8. März 1871 (abgedruckt auch bei Huber, System III, S. 542); vgl. Sidler, a.a.O., S. 92 ff.; Krieger, a.a.O., S. 78 ff. Zur Behebung

rend die übrigen Eigentümer entsprechend der Größe ihrer Teilstücke nur subsidiär für den Fall haften, daß der Gläubiger vom Trager nicht befriedigt wird. Hat der Trager die Schuld getilgt, so kann er bei den übrigen Eigentümern Rückgriff nehmen. In den beiden Kantonen Appenzell[81] teilt man die Gült, d. h. den Zedel, entsprechend der Größe der Teilgrundstücke in Teilzedel auf. In anderen Kantonen erhält der Gläubiger das Recht, die Ablösung zu verlangen[82].

II. Entwicklung des Schuldbriefs

Der Schuldbrief und ähnliche Institute, die eine Verbindung zwischen Elementen aus der Gült, der neueren Satzung oder der gemeinrechtlichen Hypothek eingegangen sind, haben im 19. Jahrhundert hauptsächlich in der Ostschweiz mit Einschluß von Solothurn Verbreitung gefunden[83]. Im Kanton Zürich ist der Schuldbrief — im Anschluß an das sogenannte Stadt- und Landrecht von 1715[84] — durch das von Johann Caspar Bluntschli verfaßte Privatrechtliche Gesetzbuch von 1853—55 (im folgenden abgekürzt: PG)[85] am weitesten ausgebildet und als Kapitalanlage bevorzugt worden[86]. Seine

der Übelstände ist hier eine Einzinserkasse mit Gesetz über die Einzinserei im Hypothekarwesen vom 5. Oktober 1859 gegründet worden; vgl. hierzu Wegener, a.a.O., S. 72, 75 ff. Vgl. auch unten N. 127.

[81] Kanton Appenzell A. Rh., Art. 16 II und III des Zedelgesetzes von 1882; Kanton Appenzell I. Rh., Art. 22 II des Zedelgesetzes von 1884.

[82] Z. B. im Kanton Bern, Satzung 494 des Civilgesetzbuchs, II. Teil von 1828; vgl. dazu Schnell, a.a.O., Anm. zu Satzung 494: „Da durch die Vertheilung des Grundpfandes die Ausübung des Rechts des Pfandgläubigers erschwert, und sein Recht verschlimmert wird; so erfordert der Credit, daß jede ohne seine Einwilligung geschehene Vertheilung des Grundpfandes die Schuld auch vor dem Verfallstage fällig mache." Vgl. auch König, a.a.O., Anm. zu Satzung 494.

[83] Huber, System III, S. 442 f.; derselbe, Geschichte, S. 795.

[84] Genauer Titel: „Satz und Ordnungen eines freyloblichen Stadtgerichts", die subsidiär auch für die zürcherische Landschaft gelten, vgl. dazu Ferdinand Elsener, Geschichtliche Grundlegung, Rechtsschulen und kantonale Kodifikationen bis zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, bei Max Gutzwiller, Schweizerisches Privatrecht, Band I, Basel/Stuttgart 1969, S. 159 ff.; derselbe, Die Schweizer Rechtsschulen vom 16. bis zum 19. Jahrhundert, Zürich 1975, S. 389 ff.

[85] Es ist im Jahre 1887 in Angleichung an das Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. Juni 1881 revidiert worden.

[86] Bluntschli (zitiert oben N. 16), Anm. 1 zu § 781, schreibt 1854: „Bis auf die neueste Zeit war es bei unsern Kapitalisten die beliebteste Art, ihre Gelder in Schuldbriefen zinsbar und sicher anzulegen ... Aber jetzt schon hat sich das Verhältniß einigermaßen geändert, und es ist viel Kapital in den letzten Jahren in auswärtigen Papieren angelegt oder auch an inländische Aktienunternehmungen hingegeben worden ... Aber immer noch sind die Schuldbriefe der überwiegende Bestandtheil des einheimischen, auf Zinsen angelegten Kapitals."

Entstehung und Ausgestaltung verdankt er einem wirtschaftlichen Bedürfnis, dem die Gült mit ihren starren Formen, ihren weitgreifenden Kündigungsbeschränkungen und ihrer einseitigen Ausrichtung auf den Realkredit nicht mehr allein genügen kann. Die Geldgeber verlangen mehr Sicherheit, die ihnen der Schuldner nur noch durch Erweiterung seiner Haftung auf sein übriges Vermögen bieten kann. Hier schafft das Institut des Schuldbriefs Abhilfe, indem es die dingliche wie persönliche Haftung des Schuldners vorsieht.

Zur rechtlichen Begründung der persönlichen Haftung dient das Schuldverhältnis. Zwar wird das zwischen den Parteien abgeschlossene Schuldverhältnis mit Errichtung des Schuldbriefs durch Neuerung aufgehoben; aber aus dem an seine Stelle tretenden neuen Schuldverhältnis geht eine Forderung hervor, die ebenfalls persönlichen Charakter hat[87]. In dieser Hinsicht unterscheidet sich diese Forderung wesentlich von der Gültforderung. Die Neuerung wird in den kantonalen Gesetzen vermutet[88] und hat den Zweck, daß die Forderung eine ganz bestimmte Gestalt annimmt und frei wird von Einreden. Die Verkehrsfähigkeit des Schuldbriefs soll dadurch erhöht werden[89].

Es können alle möglichen Arten von Forderungen durch den Schuldbrief gesichert werden; doch ist es erforderlich, daß eine genau bestimmte Geldsumme angegeben wird. Unter dieser Voraussetzung kann es sich auch um eine zukünftige Forderung handeln[90]. Bezüglich der Forderungen unterscheidet man im Kanton Zürich zwischen den eigentlichen und den modifizierten oder uneigentlichen Schuldbriefen. Bei den eigentlichen Schuldbriefen[91] muß die Forderung „genau und unabänderlich als feste und einseitige Kapitalschuld bestimmt“ sein. Hierbei eignet sich am besten das Darlehen.

[87] Huber, System III, S. 476 ff.; derselbe, Geschichte, S. 815; derselbe, Betrachtungen, S. 73 ff. (= Erläuterungen II, S. 204 ff.).

[88] Z. B. Kanton Zürich, § 1062 II PG. Jedoch wird nach Art. 143 des Obligationenrechts von 1881 die Neuerung nicht mehr vermutet, und insofern hat sich der Rechtszustand in den Kantonen, insbes. im Kanton Zürich, geändert; vgl. Arnold Escher, Beiträge zur Kenntnis des zürcherischen Grundpfandrechts, Bern 1905, S. 105 f. Dagegen nimmt später Art. 855 ZBG grundsätzlich eine Neuerung im Gegensatz zu Art. 116 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 an, vgl. dazu Andreas von Tuhr/Arnold Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, II. Band, 3. Aufl., Zürich 1974, § 76 II, S. 182.

[89] Bluntschli, a.a.O., Anm. 2 zu § 781. Auch eine an sich ungültige Forderung kann durch Neuerung in eine unanfechtbare schuldbriefliche Forderung ersetzt werden, vgl. Escher, a.a.O., S. 106 ff., 109.

[90] § 778 PG; ebenso § 328 des revidierten Privatrechtlichen Gesetzbuchs für den Kanton Zürich von 1887 (im folgenden abgekürzt: rev. PG); vgl. darüber Escher, a.a.O., S. 67 ff.

[91] § 781 PG, § 330 rev. PG. Vgl. zur Unterscheidung Bluntschli, a.a.O., Anm. 3 zu § 781.

Bei den modifizierten Schuldbriefen[92] werden alle anderen Forderungen berücksichtigt, z. B. auch solche, bei denen der Schuldner noch Abzüge vornehmen kann. Solche Schuldbriefe erhalten besondere Namen, wie z. B. Kaufschuldbrief, Kautionsurkunde usw., und können in eigentliche Schuldbriefe umgewandelt werden[93].

Gegenüber der Gült weist der Schuldbrief den Vorteil auf, daß er beiderseitig kündbar ist und nicht übermäßigen Kündigungsfristen oder -beschränkungen unterliegt. So ist im Kanton Zürich eine sechsmonatige Kündigungsfrist vor dem Zahlungstermin einzuhalten[94]. Zur Unaufkündbarkeit bestimmt § 834 PG (§ 382 rev. PG):

„Die Unaufkündbarkeit der Schuldbriefe darf auch durch Vertrag auf Seite des Schuldners nicht über sechs Jahre, auf Seite des Gläubigers nicht über vierundzwanzig Jahre ausgedehnt werden."

Dazu bemerkt Bluntschli[95], daß zu jener Zeit eine sechsjährige Unaufkündbarkeit in der Praxis üblich gewesen sei; auf der Gläubigerseite habe man ohne Bedenken der freien Vereinbarung einen weiten Spielraum überlassen können.

Beschränkungen über die Höhe der Zinsen regeln die Vorschriften über den Schuldbrief nicht, sondern ergeben sich aus den Gesetzen über den Zinswucher[96]. Im Kanton Zürich wird im § 1119 PG nur bestimmt, daß der Zinsfuß beim einheimischen Darlehen nicht das gesetzliche Maximum überschreiten dürfe, ohne selbst näher das erlaubte Maß anzugeben. Dieses ist vielmehr von den Veränderungen der Verhältnisse abhängig[97]. Bei Inkrafttreten des Privatrechtlichen Gesetzbuchs hat man das damals übliche Maximum von 5 % angenommen[98]. Stehen Zinsen aus, so erstreckt sich die

[92] § 782 PG, § 331 rev. PG.

[93] Huber, System III, S. 477 N. 3.

[94] § 831 PG, § 379 rev. PG.

[95] Bluntschli, a.a.O., Anm. zu § 834. Wyß (zitiert oben N. 10), S. 65, berichtet 1861, daß durch diese neue gesetzliche Regelung der Aufkündbarkeit die älteren Schuldbriefe, die den Charakter einer dauernden Gült angenommen hätten, beseitigt worden seien, daß insbesondere die Bereinigung der Grundprotokolle auf Grund des zürcherischen Gesetzes vom 20. April 1854 „zu massenhafter Beseitigung der alten Briefe und Umwandlung in neue bewegliche Geldanlagen" geführt habe. Die wegen der Beweglichkeit der Kreditverhältnisse befürchteten Nachteile seien nicht eingetreten, weil diese Beweglichkeit mit der derzeitigen „Lebhaftigkeit im Güter- und Geldverkehr" im Einklang stünde und die letzten Jahre sehr günstig für die Landwirtschaft ausgefallen seien.

[96] Huber, System III, S. 477 N. 1.

[97] Bluntschli, Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich, III. Band, Zürich 1855, Anm. 2 zu § 1119.

[98] Die 1869 gegründete Zürcher Kantonalbank hat in gewissen Fällen einen niedrigeren Zinsfuß angesetzt, z. B. 4½ % bei Schuldbriefen auf landwirtschaftlichen und Arbeitergrundstücken für Darlehenssummen bis zu 20 000,— Fr. in der Zeit von 1870—78 oder

Grundstückshaftung auf höchstens drei Jahre rückständige Zinsen außer den laufenden[99].

Die Amortisation hat bei den Schuldbriefen kaum Anklang gefunden. Im Kanton Zürich wird sie bei der gesetzlichen Regelung des Schuldbriefs nicht besonders erwähnt[100]. Im Entwurf zum Bankgesetz zur Gründung der Zürcher Kantonalbank hat man 1869 ursprünglich eine obligatorische Tilgung bei „Darlehen auf Gebäulichkeiten" vorgesehen, doch der Kantonsrat hat sie abgelehnt und ist lediglich damit einverstanden gewesen, freiwillige Teilabzahlungen sowie Annuitäten zuzulassen und sie bei Darlehen auf landwirtschaftlichen Grundstücken zu begünstigen[101]. Von der freiwilligen Teilrückzahlung ist jedoch nur wenig Gebrauch gemacht worden; in den siebziger Jahren des 19. Jahrhunderts ist sie für kurze Zeit von 1 % auf 1,8 % angestiegen, als die Eisenbahngesellschaften Enteignungsentschädigungen an die betroffenen Landwirte leisteten[102]. Die Annuitäten sind bei den Landwirten noch weniger beliebt gewesen und so gut wie gar nicht vorgekommen, obwohl es an Bemühungen von seiten des Bauernbundes nicht gefehlt hat, sie als obligatorisch einzuführen[103]. Die Amortisation wird von den meisten Landwirten als eine zu große Last empfunden, die sie dazu zwänge, anderswo neue Darlehen gegen ungünstigere Bedingungen aufzunehmen.

Wie die Gült so kann auch der Schuldbrief nur durch behördliche Fertigung[104] errichtet werden. Der Schuldbrief wird auf den Namen des Gläubigers[105] ausgestellt, und es werden in der Urkunde neben der zu sichernden

4¼ % im Jahre 1884 bei Schuldbriefen, die nicht mehr als die Hälfte des Schätzungswertes der städtischen Grundstücke in Zürich oder Winterthur einnahmen. Vgl. dazu Wegener, a.a.O., S. 95; Heinrich Eduard Nüscheler, Die Zürcher Kantonalbank 1870 bis 1904, Diss. Zürich 1906, I. Band, S. 71 ff., 84 ff.

99 § 779 PG, § 384 rev. PG.

100 Nur beim Darlehen wird in § 1119 PG bestimmt, daß, wenn die Parteien einen über das erlaubte Maß hinausreichenden Zins festgesetzt hätten mit der Abrede, den Mehrbetrag als Annuität zur Tilgung des Kapitals zu verwenden, ein solcher Vertrag gültig sei.

101 Nüscheler, a.a.O., S. 99; Wegener, a.a.O., S. 95.

102 Nüscheler, a.a.O., S. 99 N. 1.

103 Wegener, a.a.O., S. 96; Nüscheler, a.a.O., S. 99 ff. und insbes. das dort auf S. 100 auszugsweise abgedruckte Gutachten des Bankrates an den Kantonsrat vom 6. August 1897.

104 Kanton Zürich, § 776 PG; in § 325 rev. PG heißt es lediglich, daß ein Pfandrecht an Liegenschaften nur durch Eintragung in das Grundprotokoll entstehen kann.

105 Nach zürcherischem Recht ist der Schuldbrief stets ein Namenpapier; vgl. Escher, a.a.O., S. 58. Wenn auch der Schuldbrief gewissermaßen als Rektapapier entsteht, so finden aber nicht die Regeln des Rektapapiers auf ihn Anwendung, wie sich das besonders bei seiner Übertragung zeigt, vgl. unten N. 119. Er gehört auch nicht der Gruppe der Orderpapiere an, da es zu seiner Übertragung keines Indossaments bedarf. Die Ausstellung eines Inhaberschuldbriefs ist ungültig; vgl. § 847 PG, § 391 rev. PG sowie Escher, a.a.O., S. 54 ff.

Forderung alle älteren Grundpfandrechte und anderen dinglichen Belastungen, die aus dem Grundbuch ersichtlich sind, aufgeführt[106]. Eine behördliche Schätzung des Grundstückswertes vor der Errichtung des Schuldbriefs ist in einigen Kantonen obligatorisch, und dort haftet die Schätzungskommission eine gewisse Zeit lang für die Richtigkeit[107]. Im Kanton St. Gallen wird auch ausdrücklich vorgeschrieben, daß das Grundstück über den Schätzungswert hinaus nicht beliehen werden dürfe[108].

Durch den Fertigungsakt wird nur das dingliche Recht, der Schuldbrief, begründet, nicht aber das materielle Schuldverhältnis. Da jedoch der Kanzleibeamte das Schuldverhältnis mitzuberücksichtigen hat und sich vor Aushändigung des Schuldbriefs an den Gläubiger zu vergewissern hat, ob dieser die Kapitalsumme bezahlt hat oder nicht[109], stellt das zürcherische Gesetz[110] die Vermutung für die Wahrheit des Inhalts der Urkunde, also auch für das Zustandekommen des Schuldverhältnisses, auf, und zwar zugunsten des ersten Gläubigers. Allerdings kann der Schuldner durch Beweis seiner Einrede diese gesetzliche Vermutung widerlegen[111]. Das materielle Recht weicht dem formellen ganz, sobald ein gutgläubiger Erwerber den Schuldbrief in Händen hat; denn diesem gegenüber kann der Schuldner keine Einrede aus dem materiellen Schuldverhältnis geltend machen[112]. Im gutgläubigen Verkehr können demnach Schuldbriefe auch dann gültig sein, wenn das materielle Schuldverhältnis gar nicht zustande gekommen ist. In Wirklichkeit liegt dann ein Grundpfandrecht ohne Forderung[113] vor; gleichwohl haftet auch in diesem Fall der Schuldner persönlich. Ergeben sich Abweichungen

[106] Z. B. Kanton Zürich, § 798 PG, § 345 rev. PG.

[107] Huber, System III, S. 489 ff., insbes. S. 492 f. für die Kantone Schaffhausen, Thurgau und St. Gallen. Im Kanton Zürich ist die Schätzung nicht vorgeschrieben, sondern dem Willen der Parteien überlassen. Die Zürcher Kantonalbank verlangt die Schätzung, läßt sie aber nicht durch amtliche Schätzer vornehmen, sondern bei ländlichen Grundstücken durch Vertrauensmänner aus der betreffenden Gegend und bei städtischen Grundstücken durch Experten; vgl. Wegener, a.a.O., S. 95.

[108] Vgl. darüber Huber, System III, S. 493 f.

[109] Kanton Zürich, § 799 PG, § 346 rev. PG. Vgl. hierzu auch Bluntschli (zitiert oben N. 16), Anm. 1 zu § 799, der darauf hinweist, daß der „Landschreiber" bei vollzogener Darlehensauszahlung den Schuldbrief nicht dem Schuldner aushändigen dürfe, da sonst für den Gläubiger die Gefahr bestünde, die Sicherheit nicht zu erhalten. Hätten jedoch die Parteien vereinbart, daß der Gläubiger die Darlehenssumme erst gegen den Schuldbrief auszahle, so könne der Landschreiber den Schuldbrief dem Schuldner überlassen, damit dieser ihn dem Gläubiger gegen das Darlehen übergebe.

[110] § 800 Satz 2 PG, § 347 rev. PG.

[111] § 800 Satz 3 PG, § 347 rev. PG.

[112] § 800 Satz 1 PG, § 390 Satz 2 rev. PG; vgl. auch Escher, a.a.O., S. 141.

[113] Huber, Geschichte, S. 804.

zwischen der Urkunde und dem Bucheintrag, so ist aus den gleichen Gründen des Rechtsverkehrs der Inhalt der Urkunde maßgebend[114].

Der Schuldbrief erstreckt sich auf das ganze Pfandobjekt[115]. Die Vorstellung von Pfandstellen hat sich in den Kantonen mit Schuldbriefen weniger durchzusetzen vermocht. Doch hat man auch hier die nachteiligen Folgen des Nachrückungsprinzips in derselben Weise zu verhindern gewußt wie in den Kantonen, in denen die Gült vorherrscht. Im Kanton Zürich hat erst § 396 des revidierten PG von 1887 dem Schuldner das Recht verliehen, bei „gänzlicher Abzahlung der Schuld" vom Gläubiger die Schuldbriefurkunde unentkräftet herauszuverlangen, um ihn für neue Kreditaufnahme unter Beibehaltung desselben Ranges verwenden zu können. Gesetzlich ist hierbei das vereinfachend geregelt worden, was in der Praxis auf einem Umweg bereits erreicht worden war. Im § 836 des PG von 1853—55 war nämlich noch vorgeschrieben, daß der Gläubiger den Schuldbrief unversehrt zurückzugeben hatte, wenn ihn der Schuldner mit fremden Mitteln befriedigt hatte, damit dieser ihn dem neuen Gläubiger aushändigen konnte. Der Schuldner gelangte zum selben Erfolg, indem er vorgab, mit fremdem Geld zu zahlen[116]. Ebenso ist der Untergang der Forderung durch Vereinigung von Gläubiger- und Schuldnerstellung in einer Person beim Schuldbrief erst durch das revidierte Gesetzbuch ausgeschlossen worden[117]. Das durch diese Vereinigung entstehende dingliche Recht an eigener Sache läßt man ebenfalls zu; es liegt hier ein Eigentümergrundpfandrecht[118] vor.

Aus diesen Ausnahmevorschriften ergibt sich bereits, daß auch der Schuldbrief als Wertpapier behandelt wird. So geschieht im Kanton Zürich[119] die Übertragung dieses Grundpfandrechts durch bloße Übergabe der Schuldbriefurkunde; in dieser Übergabe liegt zugleich auch die Zession der Forderung, die nicht besonders vorgenommen zu werden braucht, weil das Recht aus dem Papier dem Recht am Papier folgt. Diese einfache Übertragungsart

[114] Huber, System III, S. 513; für das zürcherische Recht trotz § 390 rev. PG jedoch anderer Ansicht Escher, a.a.O., S. 51 ff., mit guten Gründen.

[115] Kanton Zürich, § 804 PG, § 352 rev. PG.

[116] A. Schneider, Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich, Zürich 1888, Anm. 1 zu § 396.

[117] Schneider, a.a.O., Anm. 1 zu § 396. Das bisherige Recht hatte auf Grund des § 851 PG Untergang der Forderung angenommen und Löschung des Schuldbriefs vorgeschrieben. Im rev. PG ist diese Vorschrift gestrichen worden, weil, wie es bei Schneider, Anm. 1 zu § 386 heißt, der moderne Verkehr den Schuldbrief als ein Wertpapier behandele, „dessen Verhältnisse einzig aus dem Inhalt der Urkunde selbst zu beurtheilen sind und nicht durch außer demselben liegende obligationenrechtliche Vorgänge alterirt werden können". Vgl. auch Escher, a.a.O., S. 278, 291.

[118] Huber, Geschichte, S. 804; Escher, a.a.O., S. 253 ff., insbes. S. 261 ff.

[119] § 845 PG, § 388 rev. PG. Vgl. Huber, System III, S. 558; derselbe, Geschichte, S. 815.

ist nicht in allen Kantonen, die den Schuldbrief kennen, eingeführt worden. Einige unter ihnen verlangen noch eine bestimmte Form für die Abtretung der Forderung[120].

Besonderes gilt für den Schuldbrief, wenn der Schuldner sein belastetes Grundstück veräußert. Zwar wird im Gegensatz zur Gült ein Auseinanderfallen von Eigentum am belasteten Grundstück und Schuldnerschaft zugelassen[121]. Aber dennoch wollen die kantonalen Gesetze zumeist die Verbindung von Pfand und Schuld in einer Person beibehalten. Der neue Eigentümer soll allein haften, und das versucht man auf verschiedene Weise zu erreichen[122]. Das zürcherische Gesetz[123] ordnet zu diesem Zweck die Schuldübernahme an. Da aber dem Gläubiger nicht ein neuer Schuldner aufgezwungen werden kann, wird es ihm freigestellt, ob er den neuen Schuldner anerkennen will[124]. Ist er damit einverstanden, so haftet der neue Eigentümer — auch gegen seinen Willen — persönlich[125]. Die Nachwirkung der Gült, bei der eine Trennung des Schuldners und Grundeigentümers nicht möglich ist, ist hier deutlich zu erkennen[126].

Bei Teilung des belasteten Grundstücks treffen wir ähnliche Lösungen wie bei der Gült an; doch im Kanton Zürich ist die Einzinserschaft[127] in noch weiterem Maße und mit dem Ziel ausgebildet worden, die entstehenden Rechtsverhältnisse im Interesse der Einfachheit und Klarheit zu bereinigen, insbesondere die Verbindung von Schuld und Pfand in einer Person zu erreichen.

Tritt gleichwohl der Fall ein, daß der Schuldner nicht zugleich der Eigentümer des belasteten Grundstücks ist, und ergibt sich ferner, daß der Schuld-

[120] Huber, System III, S. 559; z. B. Kanton Schaffhausen, § 769 des Privatrechtlichen Gesetzbuchs von 1863—65.

[121] So kann beispielsweise im Kanton Zürich der Eigentümer sein Grundstück für die Schuld eines anderen verpfänden, § 783 PG, § 327 rev. PG.

[122] Huber, System III, S. 545 ff.

[123] § 815 PG, § 361 rev. PG. Diese Regelung ist im Kanton Zürich erst im 19. Jahrhundert getroffen worden. Wenn sie auch dem römischen Obligationenrecht fremd sei, so sei sie aber, wie Bluntschli, a.a.O., Anm. 1 zu § 815, bemerkt, „der modernen Entwicklung des Kredits ganz gemäß". Einige modifizierte Schuldbriefe werden von dieser Regelung ausgenommen, vgl. darüber Bluntschli, Anm. 3 zu § 815.

[124] § 816 PG, § 363 rev. PG. Will sich der Gläubiger an den alten Schuldner halten, so muß er seine Forderung innerhalb der nächsten zwei Jahre einziehen, da er sich nach Ablauf dieser Zeit nur noch an den neuen Schuldner wenden kann; denn der alte Schuldner wird dann von Gesetzes wegen frei.

[125] Bluntschli, a.a.O., Anm. 1 zu § 815. Nach der zürcherischen Gerichtspraxis soll sich aber der Gläubiger nicht an den neuen Schuldner halten können, wenn dieser sich die Schuld nicht hat anweisen lassen, d. h. die Verpflichtung zur Schuldübernahme nicht übernommen hat, vgl. darüber Escher, a.a.O., S. 99 f.

[126] Huber, Geschichte, S. 802.

[127] §§ 817 ff. PG, §§ 364 ff. rev. PG. Vgl. dazu Huber, System III, S. 547 ff.

ner den Gläubiger nicht befriedigen kann und in Konkurs fällt, so hat der Eigentümer, der in diesem Zusammenhang im Kanton Zürich als Geschreiter bezeichnet wird, die Wahl, ob er die Schuld übernehmen und bezahlen, d. h. „ziehen", oder das belastete Grundstück dem Gläubiger überlassen, d. h. „fliehen" will[128]. Zieht der Eigentümer[129], so erwirbt er damit das Forderungs- und Pfandrecht des Gläubigers, und er kann den Schuldbrief unentkräftet vom Gläubiger herausverlangen. In diesem Fall entsteht ein Eigentümergrundpfandrecht. Flieht hingegen der Eigentümer[130], so haben diejenigen Pfandgläubiger, die bei dem belasteten Grundstück dem betreibenden Gläubiger im Rang nachfolgen, ebenfalls die Wahl zu ziehen oder zu fliehen, d. h. auf ihr Grundpfandrecht, nicht auf ihre Forderung, zu verzichten, und zwar geht jeweils der im Rang schlechtere dem im Rang besseren Pfandgläubiger vor. Mit dieser Regelung werden die betroffenen Pfandgläubiger davor geschützt, daß sie mit dem „Fliehen" des Grundeigentümers ihr Grundpfandrecht am Grundstück verlieren.

III. Entwicklung der Grundpfandverschreibung

Die dritte Gruppe der Grundpfandarten, die gemeinrechtliche Hypothek, ist als Vorläuferin der Grundpfandverschreibung im 19. Jahrhundert vorwiegend in der Westschweiz angewendet worden und hat dort auch unter dem Einfluß des französischen Rechts einige Änderungen zugunsten einer zuverlässigeren Kreditsicherung erfahren. Bei ihr steht die Sicherungsfunktion im Vordergrund; als Verkehrshypothek hat sie keine Bedeutung erlangt.

Bei diesem Grundpfandrecht ist und bleibt die Forderung das Hauptmerkmal[131]. Die Hypothek ist nur ein Akzessorium; sie dient zur Sicherung der Forderung und ist von ihrem Bestehen abhängig. Durch die Bestellung der Hypothek wird daher die Forderung weder umgestaltet noch erneuert, und hierin unterscheidet sie sich von derjenigen aus der Gült und dem Schuldbrief.

Die Forderung kann eine beliebige sein; sie muß jedoch der Höhe nach genau bestimmt sein. Hier setzt sich der Grundsatz der Spezialität[132] durch:

[128] Huber, System III, S. 590 ff.; z. B. Kanton Zürich, § 810 PG, § 357 rev. PG.
[129] § 812 PG, § 358 rev. PG; vgl. Bluntschli, a.a.O., Anm. 1 zu § 812.
[130] § 813 PG, § 359 rev. PG; vgl. Bluntschli, a.a.O., Anm. 2 zu § 813.
[131] Huber, System III, S. 453 f.
[132] Huber, System III, S. 456 ff.; derselbe, Geschichte, S. 800. Vgl. Art. 2132 des französischen Code civil, der z. B. im Kanton Genf gegolten hat; Kanton Neuenburg, Art. 1727 des Code civil von 1855, der auf der Grundlage des französischen Code civil aufbaut.

Der Umfang der Hypothek soll nicht nur unter den Parteien, sondern auch für Dritte klar erkennbar sein. Von diesem Grundsatz werden nur noch die gesetzlichen Hypotheken[133] ausgenommen. Ist die Forderung noch unbestimmt, weil das Schuldverhältnis schwankend oder noch nicht entstanden ist, so kann sie nur unter der Voraussetzung gesichert werden, daß ein bestimmter Betrag angegeben wird. Auf diese Weise kann sogar eine Schadensversicherung vorgenommen werden, bei der noch gar nicht sicher ist, ob ein Schaden überhaupt eintritt[134]. Man hat hier den wirtschaftlichen Bedürfnissen entsprochen und Ausnahmen von der Akzessorietät zugelassen: In diesen Fällen kann die Hypothek auch ohne eine wirklich vorhandene Forderung auftreten und besitzt in diesem engen Rahmen abstrakte Geltung.

Mit der schrittweisen Einführung des Grundbuchs hängt es zusammen, daß der Grundsatz der Spezialität auch in anderer Beziehung immer mehr verwirklicht wird: Das Grundstück, das verpfändet werden soll, muß genau bezeichnet werden[135]. Die im gemeinen Recht weit verbreitete Generalhypothek an den Liegenschaften des Schuldners wird immer mehr beseitigt, um klare und übersichtliche Verhältnisse zu schaffen. Allerdings bleibt die Generalhypothek als gesetzliche Hypothek der Ehefrau, der Kinder und des Mündels in wenigen Kantonen noch erhalten[136].

Mit dem Spezialitätsprinzip gewinnt auch das Publizitätsprinzip immer stärkere Bedeutung, bis es schließlich durch das Grundbuchsystem zur vollen Geltung kommt. Auf die Bestellung der Hypothek wirkt sich dieses Prinzip unterschiedlich aus, und es hängt hierbei davon ab, ob die kantonalen Gesetze mehr vom gemeinen oder mehr vom französischen Recht beeinflußt worden sind[137]. Der Kanton Wallis[138] z. B. folgt dem französischen Recht und läßt das dingliche Recht, die Hypothek, bereits durch den Vertrag, genauer den Pfanderrichtungsvertrag, der der notariellen Beurkun-

[133] Vgl. hierüber Huber, System III, S. 457 f., 516 ff.

[134] Ebenso bei der Sicherung eines Kredites, der vom Gläubiger noch nicht geleistet ist. Vgl. dazu § 22 des Grundbuchgesetzes von 1860 (zitiert oben N. 64) der Stadt Basel (Geltung auch für den Kanton Baselstadt mit Gesetz betreffend Einführung des Grundbuches in den Landgemeinden ... vom 11. Juni 1883), wo es heißt: „Auch wenn Unterpfänder zur Sicherung bestimmter Summen eingetragen werden, die noch nicht bezahlt sind, haftet das Pfand bis zum Belauf der im Creditschein zugesicherten Summe, von dem Augenblick des Ertrags an, so lange dieselbe nicht im Grundbuch gestrichen wird."

[135] Huber, System III, S. 483 ff.; derselbe, Geschichte, S. 800; vgl. Art. 2129 des französischen Code civil in der Fassung von 1804, der z. B. für den Kanton Genf maßgebend war; Kanton Neuenburg, Art. 1727 des Code civil von 1855; Stadt Basel, § 21 des Grundbuchgesetzes von 1860.

[136] Insbesondere im Kanton Tessin, Art. 859 des Codice civile von 1837; vgl. Huber, System III, S. 486, 525.

[137] Huber, System III, S. 505 ff.

[138] Art. 1890, 1899 des Walliser Code civil von 1854.

dung bedarf, entstehen; gegenüber Dritten wird die Hypothek aber erst mit Eintragung in das Grundpfandbuch wirksam. Das mehr vom gemeinen Recht geprägte Gesetz der Stadt Basel[139] gibt dem Vertrag, der in notariell beurkundeter Form dem Grundbuchverwalter vorzulegen ist, nur obligatorische Wirkung und läßt die Hypothek erst mit Eintragung in das Grundbuch entstehen. Der Kanton Baselland[140] schließlich läßt erst mit der Fertigung den Vertrag und mit ihm zugleich die Hypothek wirksam werden. Der Bezirksschreiber protokolliert den Pfandvertrag und trägt die Hypothek ins Hypothekenbuch ein. Die formlose Pfandbestellung, wie sie noch das gemeine Recht kannte, ist nirgends mehr üblich[141]. Einer Urkunde bedarf die Hypothek im Gegensatz zur Gült und zum Schuldbrief zu ihrer Wirksamkeit nicht, da ihr nicht die Funktion einer Verkehrshypothek zukommt.

Die Befugnis des Eigentümers, sich eine Hypothek im besseren Rang zu reservieren oder zu dem gleichen Zweck eine solche auf seinen Namen eintragen zu lassen, ist in den kantonalen Gesetzen nur sehr selten vorgesehen, obwohl es bei einem mehr oder weniger entwickelten Grundbuchsystem und bei der Anerkennung einer forderungslosen Hypothek — wenn auch nur im Ausnahmefall — nahe gelegen hätte[142]. Auf der Grundlage des gemeinen Rechts hat lediglich die Stadt Basel[143] — wenn auch in sehr beschränktem Umfang — dem Eigentümer das Rangvorbehaltsrecht eingeräumt. Unter den Kantonen, die dem französischen Recht gefolgt sind, hat nur der Kanton Genf[144] diesen Schritt vollzogen und sogar die Eigentümerhypothek hierfür zugelassen.

[139] §§ 17, 18 des Grundbuchgesetzes von 1860. Nach der Basler Grundbuchpraxis reicht auch heute noch die öffentliche Beurkundung der Erklärung des Verpfändenden allein aus, vgl. Hans-Peter Friedrich, Die Macht der Tradition im schweizerischen Grundpfandrecht, Festgabe für E. Ruck, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 33, Basel 1952, S. 90 f.

[140] Vgl. darüber Huber, System III, S. 507, und L. Siegmund, Grundbuchwesen, Handwörterbuch der Schweizerischen Volkswirtschaft, Sozialpolitik und Verwaltung, II. Band, Bern 1905, S. 421.

[141] Eine amtliche Schätzung des Grundstückswertes vor der Hypothekenbestellung haben nur der Kanton Baselland (zunächst obligatorisch, seit 1881 fakultativ) und der Kanton Baselstadt für seinen Landbezirk vorgesehen; im übrigen wird sie in den Kantonen der Westschweiz den Parteien anheimgestellt; vgl. Huber, System III, S. 489, 492.

[142] Huber, System III, S. 499 ff.

[143] § 26 des Grundbuchgesetzes von 1860: „Titel, die frühere zu ersetzen bestimmt sind, genießen auch bei späterer Eintragung das Vorgangsrecht des Titels, an dessen Stelle sie treten. Ebenso wenn in einem Ueberbesserungstitel vorgehende Pfandrechte vorbehalten und vorangestellt sind, behalten diese ihr Vorgangsrecht, auch wenn sie vielleicht erst später als diese Ueberbesserung eingetragen sind." Zum Überbesserungstitel, d. h. Titel im nachfolgenden Rang, vgl. auch oben bei N. 64.

[144] Art. 1 bis 5 des Gesetzes sur les prêts hypothécaires par actions vom 31. Januar 1857 (abgedruckt auch bei Huber, System III, S. 500 f.).

Die Vorstellung von ideellen Pfandstellen hat in diesen Kantonen keinen gesetzlichen Niederschlag gefunden. Es herrscht vielmehr die Auffassung vor, daß die Hypothek die ganze Pfandsache, nicht nur einen ideellen Teil, erfaßt und daß bei Untergang der Forderung die nachfolgenden Pfandgläubiger ohne weiteres nachrücken[145].

IV. Vereinheitlichung und Ausgestaltung der Grundpfandrechte im Schweizerischen ZGB

Im folgenden sind die Gründe der Reform und die heutige Regelung der Grundpfandrechte im Schweizerischen Zivilgesetzbuch in den wesentlichen Punkten aufzuzeigen. Eine Kodifikation[146] auf Bundesebene wurde notwendig, weil sich der Hypothekenmarkt immer mehr über die Kantonsgrenzen auszubreiten begann und nach einheitlichen Formen verlangte. Dem Gesetzgeber stellte sich die Aufgabe, die Neuregelung der Grundpfandrechte so vorzunehmen, daß mit ihrer Hilfe der Bodenkredit gesteigert und damit die landwirtschaftlichen Verhältnisse verbessert wurden; denn zwischen dem Vertrauen, das die Geldgeber dem Grundeigentümer, und demjenigen, das sie den industriellen und Handelsunternehmungen entgegenbrachten, bestand ein Gefälle zuungunsten der Grundeigentümer, das es abzubauen galt. Dabei durfte die Gefahr der Bodenverschuldung[147], die immer mehr anwuchs, nicht übersehen werden.

Bei der Vereinheitlichung des Grundpfandrechts stellt sich zunächst die Frage, inwiefern drei Arten (Grundpfandverschreibung, Schuldbrief und Gült) zugelassen wurden und weshalb eine Beschränkung auf zwei Arten oder gar eine Art kaum Widerhall gefunden hat[148]. Der Vorteil der Reduzierung auf nur ein Grundpfandrecht, das die Funktionen aller drei Arten in sich vereinigen und nach Bedarf verwirklichen könnte, liegt auf der

[145] Huber, System III, S. 604; derselbe, Geschichte, S. 814.

[146] Zum folgenden vgl. Huber, Betrachtungen, S. 1 ff.

[147] Auf die Gründe und Höhe der Bodenverschuldung wird in diesem Rahmen nicht näher eingegangen. Erst in den neunziger Jahren des 19. Jahrhunderts sind genaue Nachweisungen über den Stand der Hypothekarverschuldung einzelner Teile der Schweiz erbracht worden. Vgl. unter anderem E. Hofmann, Bodenverschuldung, Handwörterbuch der Schweizerischen Volkswirtschaft . . ., I. Band, Bern 1903, S. 601 ff.; Näf (zitiert oben N. 41), S. 1 ff.; J. Weber-Schurter, Die schweizerischen Hypothekenbanken, Zürich 1914, S. 41 ff.

[148] Bei der Vernehmlassung hat jedoch das Kantonsgericht von Graubünden eine einzige Art von Grundpfandrechten empfohlen, und zwar eine Kombination aus der gemeinrechtlichen Hypothek und der Gült; vgl. Vernehmlassung des Kantonsgerichtes betreffend die Fragen des Memorials über das Grundversicherungsrecht vom 12. Februar 1895, abgedruckt als Beilage I C bei Huber, Erläuterungen II, S. 449 ff.

Hand: Es trüge zur Vereinfachung bei, nähme vor allem den Parteien die Entscheidung darüber ab, welches der drei Grundpfandarten ihrem Zweck am besten diene, und erspare ihnen bei späterer Zweckänderung ihres Rechtsverhältnisses die Mühe und die Kosten, ihr gewähltes in ein anderes Grundpfandrecht umzuwandeln. Es hat jedoch nicht an Gründen gefehlt, den anderen Weg einzuschlagen und drei Grundpfandarten beizubehalten.

Zum einen mußte der Gesetzesredaktor Eugen Huber – bei aller Notwendigkeit der Reform – auf die Tradition der einzelnen Kantone Rücksicht nehmen. Die Tradition durfte nicht abgebrochen, sondern mußte soweit wie möglich fortgesetzt werden; denn die Kantone sollten Althergebrachtes und Gewohntes im Reformwerk wiederfinden, um sich schneller damit befreunden zu können[149]. So hat er vor allem wegen der Tradition zwei Verkehrsgrundpfandrechte vorgeschlagen und nicht das besser ausgebildete, den Schuldbrief, dem weniger weit entwickelten, der Gült, vorgezogen; denn die Bevölkerung dieser Kantone, wie er schreibt[150], hinge „mit großer Liebe und Zähigkeit an diesem alten Institut", gemeint ist die Gült. Immerhin bedeutet die Beschränkung auf drei Grundpfandarten einen großen Fortschritt zur Vereinheitlichung hin, wenn man bedenkt, daß es fast sechzig Arten vor der Kodifikation gegeben hat[151].

Zum anderen ist Eugen Huber der Ansicht, die Ziele, denen er bei seiner geschichtlichen Betrachtung begegnet sei und von denen er sich bei seinen Reformarbeiten habe leiten lassen, könnten nicht in einem ausgewogenen Maß verwirklicht werden, wenn nur eine einzige Grundpfandart zugelassen werde, vielmehr seien dazu drei Arten erforderlich. Es handele sich dabei um die drei folgenden Ziele[152]: die Förderung des Kredits, die Verteilung der Bodenrente und die Mobilisierung des Bodenwertes. Die Förderung des Kredits könne durch das Mittel der Sicherung, die das Grundpfand einer persönlichen Forderung verschaffe, erreicht werden. Hierzu eigne sich am besten die Grundpfandverschreibung, weil sie lediglich für den Sicherungszweck bestimmt sei. Für die Verteilung der Bodenrente hält er das System für das geeignetste, nach welchem sich „der Eigentümer vom Kapitalbesitz Geld gegen Zinse verschafft, ohne das Eigentum zu verlieren" und nach welchem „der Kapitalist sein Geld auf Grund und Boden ausgibt, ohne das Eigentum an dem belasteten Boden zu erwerben"[153]. Denn hiernach behalte der Eigentümer trotz Kapitalaufnahme den ganzen Ertrag am Grund und

149 Huber, Betrachtungen, S. 69 (= Erläuterungen II, S. 200).
150 Betrachtungen, S. 79 (= Erläuterungen II, S. 208).
151 Vgl. oben N. 3.
152 Betrachtungen, S. 47 ff.
153 Betrachtungen, S. 50.

Boden und habe daher Interesse an dessen Verbesserung. Ebenso zeige der Geldgeber Interesse an einer guten Bewirtschaftung des Bodens, da er mit seinem Anspruch auf jährlichen Zins Anteil am Jahresertrag habe. Es vereinigten sich demnach die Interessen der Beteiligten in der Förderung des Grund und Bodens, und das sei zum Nutzen aller. Dieses Ziel erfülle die Gült, wenn sie modernisiert und ihrer starren Form entledigt werde. Die Mobilisierung des Bodenwertes als drittes Ziel stelle ein Mittel zur Erreichung der beiden zuerst genannten Ziele dar, darüberhinaus wolle sie aber auch dafür Sorge tragen, daß die Freiheit des Eigentümers möglichst gewahrt und die Abhängigkeit des Schuldners vom Gläubiger gemindert, wenn nicht gar beseitigt werde. Diesem Ziel diene der Schuldbrief im größten Maße.

Eine Minderung der Abhängigkeit des Schuldners vom Gläubiger kann bei den beiden Verkehrsgrundpfandrechten darin gesehen werden, daß die Sorge vor einer Pfandverwertung nicht mehr allzu häufig akut werden dürfte; denn der Gläubiger kann schon durch Veräußerung des Pfandtitels zu seinem Geld kommen, ohne den umständlichen Weg der Zwangsvollstreckung einschlagen zu müssen. Die Umsetzung des Titels in Geld ist um so leichter, wenn ein Hypothekenmarkt geschaffen wird, der über die Kantons- oder Landesgrenzen hinausreicht.

Schließlich sei auf die Argumente von Eugen Huber hingewiesen, nach welchen sich der Sicherungszweck auf der einen Seite und der Verkehrszweck oder die Mobilisierung des Bodenwertes auf der anderen Seite nicht zur Zufriedenheit in einer Grundpfandart allein vereinigen lassen[154]; denn es sei, so schreibt er, „ein erheblicher Antagonismus zwischen den zwei Funktionen nicht zu verkennen“[155]. Die Anforderungen, die man an ein Grundpfandrecht zum Zweck der Mobilisierung des Bodenwertes stelle, seien andere und gingen weit über das hinaus, was man zum Zweck der Sicherung einer Forderung benötige. So sei die Urkunde, der sogenannte Grundpfandtitel, in der Ausgestaltung eines Wertpapieres für das Verkehrsgrundpfandrecht ein wichtiges und unentbehrliches Hilfsmittel, da sie zur Ausübung und Übertragung des Rechts erforderlich sei. Für die Sicherung einer Forderung bedürfe es aber einer solchen Urkunde nicht; sie könne nur ein Beweisdokument für das schuldrechtliche Verhältnis, nicht aber ein Mittel zur Ausübung oder Übertragung des Grundpfandrechts sein, weil sich dieses als Nebenrecht nach der Forderung richte[156].

[154] Betrachtungen, S. 60 ff. (= Erläuterungen II, S. 192 ff.).
[155] Betrachtungen, S. 61 (= Erläuterungen II, S. 193).
[156] Ferner könne beim sogenannten Sicherungsgeschäft das persönliche Schuldverhältnis nicht entbehrt werden; die persönliche Forderung sei und bleibe die Hauptsache, das

Die Bildung einer einzigen Grundpfandart ist somit nur auf Kosten der Sicherungs- oder der Verkehrsfunktion möglich. Eugen Huber ist aber nicht bereit, an einer der beiden Funktionen Abstriche vorzunehmen oder die eine der anderen unterzuordnen, sondern will sie beide voll zur Geltung bringen, auch wenn dazu mehr als nur eine Grundpfandart erforderlich ist. Den Parteien mutet er es ohne Bedenken zu, sich von Anfang an darüber zu entscheiden, welche Grundpfandart für ihr Rechtsgeschäft die geeignetste sei.

Die starre Gegenüberstellung von „Sicherung einer Forderung" und „Mobilisierung des Bodenwertes" ist später in der Literatur[157] als eine „Überbetonung des Gegensatzes zweier wirtschaftlicher Sachverhalte" kritisiert worden. Es ist dabei die Frage gestellt worden, welcher Grundeigentümer sich denn überhaupt bei der Grundpfandbestellung Gedanken darüber mache, ob er damit seinen Bodenwert mobilisiere oder eine Forderung sichere. Doch mit dieser Frage hat sich auch Eugen Huber[158] schon auseinandergesetzt; denn er gibt zu, daß der Wert des Grundstücks für beide Fälle den gemeinsamen Untergrund bilde und dieser Wert der gleiche sei, ob er nun Geld verschaffen oder Geld sicherstellen soll. Das ergebe sich aus dem Wesen eines jeden Grundpfandrechts, das letzten Endes dazu bestimmt sei, in der Zwangsvollstreckung den Wert des Grundstücks zu realisieren. Wie hierbei das Grundpfandrecht ausgestaltet werde — ob mehr zur Sicherung oder mehr für den Verkehr —, spiele zwar für die Verwertung nur eine untergeordnete Rolle, könne aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß die beiden Zwecke für die Zeit vor der Verwertung im Interesse der Parteien in vollem Maße berücksichtigt werden müßten.

Als Sicherungsgrundpfandrecht hat der Gesetzesredaktor die Grundpfandverschreibung im wesentlichen in der Form vorgeschlagen, wie sie in der Westschweiz gegolten hat. Sie dient allein der Sicherung einer Forderung; das Pfandrecht ist lediglich ein Nebenrecht zur Forderung, über das kein Pfandtitel ausgestellt wird. Dem Auszug aus dem Grundbuch kommt nur die Bedeutung eines Beweismittels, nicht eines Wertpapieres zu (Art. 825 II ZGB). Daß es bei der Grundpfandverschreibung in der Hauptsache auf die Forderung ankommt, äußert sich unter anderem darin, daß die Übertragung nach den Vorschriften der Forderungsabtretung geschieht mit

Grundpfandrecht sei nur Nebenrecht. Umgekehrt sei beim sogenannten Verkehrsgeschäft der mobilisierte Bodenwert, der durch die Urkunde verkörpert werde, als die Hauptsache anzusehen und die persönliche Haftung des Schuldners gewissermaßen als eine Zugabe, die man mit der Bürgschaft vergleichen könne, zu denken. Vgl. Huber, Betrachtungen, S. 61 f. (= Erläuterungen II, S. 194).

[157] Vgl. z. B. Friedrich (zitiert oben N. 139), S. 87, 102.

[158] Betrachtungen, S. 60 f. (= Erläuterungen II, S. 192 f.).

der Folge, daß die Abtretung zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Form bedarf[159]. Eine Eintragung ins Grundbuch, wie sie noch im Vorentwurf aus Gründen der Offenkundigkeit vorgesehen war[160], ist hierbei jedoch nicht erforderlich (Art. 835 ZGB). Die Forderung kann beliebig, zukünftig oder bloß möglich sein (Art. 824 I ZGB), ferner von unbestimmtem oder wechselndem Betrag sein, wobei jedoch die Grundpfandverschreibung auf eine bestimmte Pfandstelle errichtet wird (Art. 825 I ZGB). Bei diesen Möglichkeiten ist die Grundpfandverschreibung, deren Anwendung den Parteien frei überlassen ist, in folgenden Fällen nach Ansicht des Gesetzesredaktors[161] den Verkehrsgrundpfandrechten vorzuziehen: Erstens zur Sicherung einer in der Höhe schwankenden Forderung, wie insbesondere der Forderung der Frau gegen ihren Mann aus dem sogenannten Frauengut bei der Güterverbindung; denn die Ersatzforderung der Frau, die ihr für das eingebrachte Barvermögen, das in das Eigentum des Mannes fällt, zusteht (Art. 201 III ZGB), kann sich später, wenn die Frau weiteres Barvermögen z. B. aus Erbschaften einbringt (Art. 195 I ZGB), erhöhen[162]. Zweitens zur Sicherung einer Kautionsleistung. Hierbei könnte sich der Gläubiger eine Schadenersatzforderung, bei der es noch nicht abzusehen ist, ob und in welcher Höhe sie entsteht, zu einem bestimmten Betrag sichern lassen. Auch hier kommt es wesentlich auf die Aufrechterhaltung des ursprünglichen Schuldverhältnisses an, und es liegt den Parteien fern, einen Pfandtitel in Umlauf zu setzen. Drittens kommen alle die Fälle in Betracht, in denen bei Angabe eines bestimmten Maximalbetrages laufend neue Kredite gewährt und Teilabzahlungen getätigt werden. Bei Sicherung solcher Kontokorrentkredite ist nicht daran gedacht, einen Titel in Verkehr zu bringen.

[159] Gemäß Art. 165 des Obligationenrechts von 1911. Vgl. hierzu Leemann (zitiert oben N. 1), N. 1, 6 zu Art. 835 ZGB.

[160] Huber, Erläuterungen II, S. 274.

[161] Betrachtungen, S. 71 ff. (= Erläuterungen II, S. 202 f.).

[162] Die Sicherung einer solchen der Höhe nach noch nicht feststehenden Ersatzforderung ist zwar auch durch ein Verkehrsgrundpfandrecht möglich, würde aber der Interessenlage zu wenig gerecht. Das ursprüngliche Schuldverhältnis, das für die Bestimmung der tatsächlichen Höhe der Ersatzforderung maßgebend ist, müßte erhalten bleiben, was erst durch ausdrücklichen Ausschluß der Neuerung erreicht werden könnte (Art. 855 II ZGB). Damit wäre der Schuldner (in unserem Beispiel der Ehemann) aber noch nicht vor dem gutgläubigen Erwerber des Pfandtitels geschützt, da er diesem gegenüber nicht die Einrede erheben könnte, die Forderung sei in Wirklichkeit nicht in der in dem Pfandtitel angegebenen Höhe entstanden. Er müßte alle Vorsicht walten lassen, um zu verhindern, daß die Pfandurkunde in fremde Hände geriete und er dadurch zu Schaden käme. Die für die Verkehrsgrundpfandrechte notwendige Ausstellung eines Pfandtitels läge auch gar nicht in der Absicht der Parteien, da ein die Ersatzforderung sicherndes Grundpfandrecht nicht in Verkehr gebracht werden soll. Vgl. Huber, Betrachtungen, S. 71, 73.

Schließlich gelangen die gesetzlichen Pfandrechte, wie z. B. das Bauhandwerkerpfandrecht, in der Form der Grundpfandverschreibung zur Entstehung, da sie nur einen Sicherungszweck verfolgen[163].

Die Aufzählung dieser Fälle mag genügen, um eine Vorstellung von der wirtschaftlichen Bedeutung der Grundpfandverschreibung zu erhalten, die allerdings gegenüber derjenigen der Verkehrsgrundpfandrechte stark abfällt.

Als Verkehrsgrundpfandrechte hat der Gesetzesredaktor den Schuldbrief und die Gült größtenteils in dem Zustand übernommen, in dem sie ihm am besten entwickelt zu sein schienen. In der gesetzlichen Ausgestaltung hat er sie, soweit es möglich war, einander genähert, was äußerlich schon daran erkennbar ist, daß er sie zusammen in einem Abschnitt geregelt hat. Zwischen beiden besteht der wesentliche Unterschied darin, daß der Schuldner beim Schuldbrief sowohl mit seinem belasteten Grundstück als auch mit seinem Vermögen haftet, bei der Gült hingegen nur mit dem belasteten Grundstück[164].

Beide Grundpfandrechte sind unabhängig zur ursprünglichen materiellen Forderung. Das wird dadurch erreicht, daß nach Art. 855 I ZGB „mit der Errichtung eines Schuldbriefes oder einer Gült das Schuldverhältnis, das der Errichtung zugrunde liegt, durch Neuerung getilgt" wird. An die Stelle der ursprünglichen Forderung tritt beim Schuldbrief eine persönliche Forderung, bei der Gült eine Forderung, die sich in der Wirkung völlig dem Grundpfandrecht unterordnet. Die gesetzlich vorgesehene Tilgung des zugrunde liegenden Schuldverhältnisses bedeutet aber nur[165], daß der Gläubiger seine Forderung nicht mehr aus diesem Schuldverhältnis, sondern allein aus dem Grundpfandrecht geltend machen kann. Der Schuldner hingegen kann noch aus diesem Schuldverhältnis persönliche Einreden seinem Gläubiger nach Art. 872 ZGB entgegenhalten. Insofern ist die neue und formell selbständige Forderung materiell vom zugrunde liegenden Schuldverhältnis abhängig. Hierbei wird die Gült in der gleichen Weise wie der Schuldbrief behandelt; die kantonalen Gesetze hatten bei ihr grundsätzlich keine persön-

[163] Vgl. hierzu Tuor/Schnyder (zitiert oben N. 1), S. 623.

[164] Die einschlägigen Vorschriften lauten:

Art. 842 ZGB: Durch den Schuldbrief wird eine persönliche Forderung begründet, die grundpfändlich sichergestellt ist.

Art. 847 Abs. 1 ZGB: Durch die Gült wird eine Forderung als Grundlast auf ein Grundstück gelegt.

Abs. 3: Die Forderung besteht ohne jede persönliche Haftbarkeit des Schuldners, und ein Schuldgrund wird nicht angeführt.

[165] Wieland (zitiert oben N. 1), N. 1 zu Art. 855 ZGB, N. 3 zu Art. 872 ZGB; Leemann (zitiert oben N. 1), N. 3 und 8 zu Art. 855 ZGB, N. 10 bis 13 zu Art. 872 ZGB.

lichen Einreden zugelassen und die Gültforderung abstrakt vom zugrunde liegenden materiellen Schuldverhältnis geregelt.

Das Recht aus dem Schuldbrief und der Gült kann nur mit Hilfe eines Pfandtitels ausgeübt werden (Art. 868 ZGB). Dieser wird vom Grundbuchverwalter ausgestellt (Art. 856, 857 ZGB) und kann entweder auf den Namen einer bestimmten Person oder auf den Inhaber oder auf den Namen des Grundeigentümers lauten (Art. 859 ZGB). Hierbei wird das Eigentümergrundpfandrecht anerkannt. Diese Möglichkeiten ließen bereits einige kantonale Gesetze[166] bei dem Gültbrief zu; der Schuldbrief[167] konnte bisher nur auf den Namen einer bestimmten Person ausgestellt werden. Zum Zweck der Mobilisierung des Bodenwertes vollzieht der Gesetzesredaktor[168] nur den letzten Schritt. Der Grundeigentümer soll frei über den Wert seines Grundstücks verfügen können; es soll ihm erlaubt sein, einen Pfandtitel im besseren Rang zurückzuhalten oder zurückzuerwerben, um ihn in dringenderen Fällen oder schlechteren Zeiten verwenden zu können. Der Wertpapiercharakter des Schuldbriefs und der Gült kommt insbesondere bei der Übertragung der Forderung zum Ausdruck; denn hierzu ist die Übergabe des Pfandtitels an den Erwerber erforderlich, und wenn der Titel auf einen bestimmten Namen lautet, so ist die Übertragung mit Angabe des Erwerbers auf dem Titel zu vermerken (Art. 869 ZGB). Einer Eintragung im Grundbuch bedarf es nicht[169]. Ebensowenig wird die Schriftform für die Forderungsabtretung, wie sie noch einige kantonale Gesetze vorgeschrieben hatten, verlangt[170]. Aus Gründen der Verkehrserleichterung erstreckt sich der öffentliche Glaube sowohl auf das dingliche Recht als auch auf die Forderung. Wer sich in gutem Glauben auf das Grundbuch oder auf den formrichtig ausgestellten Pfandtitel verlassen hat, für den besteht das dingliche Pfandrecht wie die Forderung zu Recht (Art. 865, 866 ZGB)[171].

Die Kündigung ist beim Schuldbrief und bei der Gült unterschiedlich geregelt. Der Schuldbrief kann nach Art. 844 ZGB beiderseitig mit einer sechs-

[166] Vgl. oben N. 70, 72.

[167] Vgl. oben N. 105.

[168] Betrachtungen, S. 59, 77 f. (= Erläuterungen II, S. 191 f., 207).

[169] Wieland, N. 8 zu Art. 869 ZGB; Leemann, N. 1 zu Art. 869 ZGB. Die Eintragung hatte ursprünglich der Gesetzesredaktor für gewisse Fälle vorgeschlagen; vgl. Erläuterungen II, S. 303 f.

[170] Bei der Übertragung von Pfandtiteln, die auf einen bestimmten Namen lauten (sogenannter Namenpfandtitel), ist jedoch die schriftliche Forderungsabtretung (Art. 165 des Obligationenrechts von 1911) in Verbindung mit der Übergabe des Titels zulässig; vgl. dazu und über die sich daraus ergebenden Rechtsfolgen Leemann, N. 23 ff. zu Art. 869 ZGB.

[171] Weicht der Inhalt des Schuldbriefs oder der Gült vom Grundbucheintrag ab, so ist letzterer nach Art. 867 ZGB maßgebend, und dem gutgläubigen Erwerber des Titels steht nur ein Schadenersatzanspruch zu. Vgl. Huber, Erläuterungen II, S. 301 f.

monatigen Frist auf die ortsüblichen Zinstage[172] gekündigt werden, falls die Parteien nichts anderes vereinbart oder die Kantone von ihrer Einschränkungsbefugnis keinen Gebrauch gemacht haben[173]. Bei der Gült kann der Grundeigentümer auf Ende einer Periode von sechs Jahren[174] mit einer einjährigen Kündigungsfrist die Ablösung verlangen, auch wenn der Vertrag eine längere Zeit der Unkündbarkeit bestimmt hat (Art. 850 I ZGB)[175]. Für den Gläubiger hingegen ist die Gült unkündbar (Art. 850 II alte Fassung ZGB), es sei denn, es liegt einer der gesetzlichen Ausnahmefälle vor wie der Zerstückelung des Grundstücks, der Wertverminderung des Grundstücks durch den Eigentümer oder des dreijährigen Zinsrückstands (Art. 787 ZGB). Mit der Unkündbarkeit auf der Gläubigerseite will der Gesetzesredaktor[176] dem Gültcharakter, dem von Haus aus eine dauernde Bodenbelastung eigen ist, konsequenter Rechnung tragen und die Gült in dieser Hinsicht stärker

[172] Die kantonalen Gesetze geben darüber Auskunft, was unter Ortsübung zu verstehen ist; vgl. Wieland, N. 2 zu Art. 844 ZGB; Leemann, N. 4 zu Art. 844 ZGB. Im Kanton Zürich z. B. gelten als übliche Zinstage der 1. Mai und der 1. November, § 200 des Einführungsgesetzes zum Schweizerischen ZGB vom 2. April 1911; im Kanton Obwalden ist es für Schuldbriefe auf landwirtschaftlichen Grundstücken Martini (11. November), Art. 153 II des Gesetzes betreffend die Einführung des Schweizerischen ZGB vom 30. April 1911.

[173] Vgl. K. A. Brodtbeck, Kantonales Einführungsrecht zum ZGB, ZSR 30 (1911), S. 45 f. Einige kantonale Gesetze schränken die Kündbarkeit des Schuldbriefs ein. So bestimmt § 107 des Gesetzes betreffend die Einführung des Schweizerischen ZGB im Kanton Luzern vom 21. März 1911: „Schuldbriefe können von Gläubiger und Schuldner nur je auf Ende einer Periode von sechs Jahren mit vorausgehender sechsmonatlicher Kündigungsfrist gekündigt werden, auch wenn eine kürzere oder längere Vertragsdauer vereinbart war.“ Im Kanton Obwalden kann der Gläubiger den Schuldbrief erst fünf Jahre nach Errichtung kündigen, Art. 153 I des Einführungsgesetzes von 1911. Der Kanton Appenzell A. Rh. erklärt Schuldbriefe auf landwirtschaftlichen Grundstücken, Wohnhäusern und Baugebiet seitens des Gläubigers sogar für unkündbar, Art. 169 des Gesetzes betreffend die Einführung des Schweizerischen ZGB vom 30. April 1911. Im Kanton Zürich wird nur die Parteivereinbarung über die Kündbarkeit von Schuldbriefen eingeschränkt, und zwar insoweit, daß die Unkündbarkeit auf Schuldnerseite nicht länger als sechs Jahre, auf Gläubigerseite nicht länger als 24 Jahre dauern dürfe, § 201 des Einführungsgesetzes von 1911.

[174] Im Vorentwurf hat der Gesetzesredaktor für die Gült eine zehnjährige Ablösungsperiode auf Schuldnerseite im Unterschied zur dreißigjährigen bei der Grundlast für angemessen erachtet; vgl. Huber, Erläuterungen II, S. 291.

[175] Dem Grundeigentümer kann aber durch Vertrag eine kürzere Zeit der Unkündbarkeit oder eine kürzere Kündigungsfrist eingeräumt werden; vgl. Wieland, N. 2 c zu Art. 850 ZGB; Leemann, N. 3 zu Art. 850 ZGB.

[176] Erläuterungen II, S. 291 f. Vgl. auch zustimmend C. Wieland, Zur Vereinheitlichung des Grundpfandrechts, ZSR 22 (1903), S. 175 ff., der anführt, daß in den landwirtschaftlichen Betrieben ein Bedürfnis nach unkündbarem oder zumindest langfristigem Kredit gegeben sei und daß eine Gefahr für den Landwirt bestünde, wenn dieser nicht genügend vor Kündigungen geschützt werde. Ebenso A. Egger, Grundeigentumsordnung und Grundpfandrecht (Vorträge über den Entwurf eines Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft XII), Zürich 1906, S. 87 ff., 90. Bluntschli hat bei der Redaktion des PG für den Kanton Zürich die gleiche Ansicht geäußert, vgl. oben N. 32.

vom Schuldbrief abheben, um dem Bedürfnis der Grundeigentümer entgegenzukommen. Er kann seine Absicht ohne Bedenken verfolgen, weil dem Gläubiger die Möglichkeit bleibt, ein anderes Grundpfandrecht zu wählen, und daher nicht benachteiligt ist[177].

Sind bisher vorwiegend die unterscheidenden Merkmale bei den drei Grundpfandrechten aufgezeigt worden, so soll noch auf ihre gemeinsame Ausgestaltung hingewiesen werden. Dabei sind zunächst der Publizitäts- und der Spezialitätsgrundsatz zu nennen, die durch die allgemeine Einführung des Grundbuchs gemäß einer bundeseinheitlichen Grundbuchverordnung vom 22. Februar 1910 in noch größerem Maße verwirklicht werden, als es bisher in einigen Kantonen der Fall gewesen ist. Der Publizitätsgrundsatz findet seinen gesetzlichen Niederschlag insbesondere darin, daß alle drei Grundpfandrechte erst mit der Eintragung ins Grundbuch entstehen (Art. 799 ZGB) und die beiden Verkehrsgrundpfandrechte erst mit der Übergabe des Pfandtitels auf den Erwerber übergehen können. Der Spezialitätsgrundsatz kommt darin zum Ausdruck, daß nur ein bestimmtes Grundstück (Art. 797 ZGB) mit einer genau fixierten Forderung (Art. 794 ZGB) belastet werden kann.

Ferner hat der Gesetzesredaktor für alle drei Grundpfandarten das System der festen Pfandstellen eingeführt. Das bedeutet eine erhebliche Neuerung gegenüber dem bisherigen Zustand; denn dieses System war nur bei der Gült zum Durchbruch gelangt[178]. Das Nachrückungsprinzip war jedoch durch kantonale Ausnahmevorschriften und auf Umwegen in seiner Wirksamkeit derartig ausgehöhlt worden, daß Eugen Huber nicht den Schritt scheut, hierbei das Verhältnis Regel und Ausnahme umzukehren, d. h. grundsätzlich von einer festen Pfandstelle auszugehen und nur bei besonderer Verabredung das Nachrücken eines Grundpfandrechts in einen besseren Rang zuzulassen. Er ist zunächst insofern zögernd vorgegangen, als er dieses System nur auf die Verkehrsgrundpfandrechte angewendet wissen, bei der Grundpfandverschreibung es aber beim Nachrückungsprinzip belassen wollte[179]. Dieser Weg schien ihm durchaus gangbar; aber um klarere und einfachere Verhältnisse zu schaffen, hat er sich später für eine einheitliche Regelung entschieden[180]. Nach diesem System nimmt jeder Pfandgläubiger eine dem Rang nach bestimmte Pfandstelle beim belasteten Grundstück ein, und er behält diese, auch wenn später ein ihm vorgehendes

[177] Wieland, ZSR 22 (1903), S. 172, betont, daß der Gläubiger die stärkere Stellung besitze; denn er sei es, der die Grundpfandart wähle und bestimme, nicht der Grundeigentümer.

[178] Vgl. oben bei N. 63.

[179] Betrachtungen, S. 66 f., 91.

[180] Erläuterungen II, S. 197 f., 258 f.

Grundpfand gelöscht wird und dadurch eine leere Pfandstelle entsteht (vgl. Art. 814 ZGB). Diese Folgerung hatten die kantonalen Gesetze – außer Appenzell I. Rh.[181] – nicht gezogen; sie hatten bei Tilgung der Forderung den Bucheintrag und den Pfandtitel ja gerade nicht gelöscht, um ein Nachrücken zu verhindern. Die neue weitergehende Regelung ist auch erst durch ein übersichtlich angelegtes Grundbuch praktisch durchführbar. Das System der festen Pfandstellen erleidet jedoch eine wichtige Ausnahme bei der Zwangsvollstreckung und im Konkurs, und hierin ist der Gesetzesredaktor dem bisherigen kantonalen Recht im Ergebnis gefolgt; denn bei der Verwertung wird eine leere Pfandstelle nicht berücksichtigt (Art. 815 ZGB); insoweit rücken die nachfolgenden Pfandgläubiger nach. Im Konkurs sollen die Pfandgläubiger auf Grund ihres dinglichen Rechts den anderen Gläubigern vorgezogen werden. Das ist besonders für den Gültgläubiger wichtig, weil ihm nur das Grundstück haftet.

Gleiche Vorschriften gelten für die Grundpfandverschreibung und den Schuldbrief, wenn das belastete Grundstück veräußert oder zerstückelt wird (Art. 832 bis 834, 846 ZGB). Bei beiden Grundpfandarten haftet im Fall der Veräußerung der neue Eigentümer nur mit dem belasteten Grundstück; die Haftung des Schuldners bleibt unverändert. Übernimmt der neue Eigentümer aber auch die Schuldpflicht für die Pfandforderung, so haftet er allein, wenn der Gläubiger nicht widerspricht, eine Regelung, die dem Grundgedanken der Hypothekenübernahme nach § 416 BGB entspricht, indem auch hier das Schweigen des Gläubigers als Zustimmung ausgelegt wird. Im Unterschied zu den kantonalen Gesetzen bezüglich des Schuldbriefs wird dem neuen Eigentümer die Schuldübernahme nicht aufgezwungen[182]. Der Gesetzesredaktor hält zwar eine Schuldübernahme für wünschenswert[183], überläßt es aber den Beteiligten, wie sie sich über die Schuldnerschaft verständigen wollen. Bei Zerstückelung des Grundstücks wird die Pfandhaft in der Weise verteilt, daß jeder Teil nach seinem Wert verhältnismäßig belastet wird. Ist der Gläubiger mit der Verteilung nicht einverstanden, so kann er Tilgung seiner Pfandforderung verlangen (Art. 833 ZGB). Mit dieser Regelung werden die komplizierten Vorgänge bei der Einzinserei, wie sie die kantonalen Gesetze vorgeschrieben hatten, vereinfacht[184]. Die Vorschriften über die Gült weichen hierbei insofern ab, als bei ihr eine Trennung zwischen Grundeigentümer und Schuldner nicht stattfinden kann. Der Erwerber des Grundstücks ist daher ohne weiteres Schuld-

[181] Vgl. oben N. 72.
[182] Vgl. dazu von Tuhr/Escher (zitiert oben N. 88), § 99 IX 2, S. 401 f.
[183] Betrachtungen, S. 75 f.; Erläuterungen II, S. 284.
[184] Huber, Betrachtungen, S. 76; vgl. auch Erläuterungen II, S. 284 f.

ner der Gültforderung; der bisherige Eigentümer ist entlastet (Art. 851 ZGB). Der Gläubiger ist durch diese Regelung in seinen Rechten nicht geschmälert; für seine Gültforderung haftet sowieso nur das belastete Grundstück. Bei Zerstückelung werden die Eigentümer der Teilstücke Gültschuldner (Art. 852 ZGB); für die verhältnismäßige Aufteilung der Belastung gilt dasselbe wie bei den anderen beiden Grundpfandarten.

Schließlich unterliegen die drei Grundpfandarten den gleichen Bestimmungen über die Pfandverwertung, auf die hier nicht eingegangen werden soll.

Der Gefahr der Bodenüberschuldung begegnet Eugen Huber mit der Belastungsgrenze[185], die bundeseinheitlich nur für die Gült festgesetzt werden soll. Nur bei diesem Grundpfandrecht scheint ihm eine solche Maßnahme erforderlich zu sein, weil der Gültberechtigte ausschließlich auf das Grundstück als Haftungsobjekt angewiesen ist und grundsätzlich nicht kündigen kann. Zugleich wird damit der Zweck verfolgt, das Vertrauen in die Gült zu erhöhen und sie zur zuverlässigsten Anlage von Geld in Bodenwert auszubilden. Demzufolge wird bestimmt, daß ländliche Grundstücke bis zu drei Dritteilen des Ertragswertes vermehrt um die Hälfte des Wertes der Gebäulichkeiten mit Gülten belastet werden können, städtische Grundstücke jedoch nur bis zu drei Fünfteilen des Mittelwertes, der aus dem Ertragswert einerseits und dem Boden- und Bauwert andererseits gebildet wird; die Werte sind durch eine amtliche Schätzung zu ermitteln (Art. 848 alte Fassung ZGB), und die Kantone haften dafür, daß die Schätzung mit aller erforderlichen Sorgfalt vorgenommen wird (Art. 849 ZGB). Hingegen überläßt es der Gesetzesredaktor dem kantonalen Recht, ob es eine Belastungsgrenze auch für den Schuldbrief vorschreiben will (Art. 843 ZGB); für die Bundesgesetzgebung sei sie jedenfalls entbehrlich, weil sich eine Einschränkung der Grundpfanderrichtung auf mehr als eine Grundpfandart nicht empfehle und die Gründe, die bei der Gült dazu geführt hätten, beim Schuldbrief nicht vorlägen. Von dieser Befugnis haben die Kantone in verschiedener Weise Gebrauch gemacht[186]. Einige unter ihnen legen eine Belastungsgrenze für Schuldbriefe fest, sei es in Höhe des Schätzungsbetrages[187] oder sei es in Höhe eines Bruchteils des Schätzungswertes[188]; andere sehen

[185] Betrachtungen, S. 31 ff., 37 f. (= Erläuterungen II, S. 169 ff., 173 f., 287); vgl. Hedemann (zitiert oben N. 31), S. 184 f. Egger, a.a.O., S. 82 ff., spricht sich ebenfalls gegen eine allgemein gesetzliche Verschuldungsgrenze aus.

[186] Vgl. darüber Leemann, N. 4 ff. zu Art. 843 ZGB; Brodtbeck, ZSR 30 (1911), S. 41 ff.

[187] Kanton Appenzell A. Rh., Art. 163, 168 des Einführungsgesetzes von 1911.

[188] Kanton Appenzell I. Rh., Art. 169 des Gesetzes betreffend die Einführung des Schweizerischen ZGB vom 30. April 1911, wonach „Schuldbriefe nur bis auf fünf Sechsteile des Verkehrswertes errichtet werden" dürfen. Im Kanton Obwalden dürfen landwirt-

nur eine amtliche Schätzung vor[189], und wieder andere überlassen es den Parteien, eine Schätzung durchführen zu lassen[190]. Bei der Grundpfandverschreibung lehnt der Gesetzesredaktor[191] eine Beschränkung der Verpfändungsmöglichkeit durch den Bund oder die Kantone ab, weil der Schuldner ein berechtigtes Interesse haben könne, sein Grundstück für eine größere Schuld zu verpfänden, als der Grundstückswert betrage; er denkt dabei insbesondere an die Fälle der Frauengutsversicherung. Allerdings bleiben die kantonalen Vorschriften, die für die Grundpfandverschreibung eine Belastungsgrenze bestimmt haben, auch mit Inkrafttreten des ZGB weiterhin in Geltung und können nur von den betreffenden Kantonen aufgehoben werden[192].

Einschneidender als diese vom Gesetz angeordneten Beleihungsgrenzen wirken sich aber vor allem die von den Hypotheken- und Kantonalbanken ausgegebenen Beleihungsgrenzen auf die kreditsuchenden Grundeigentümer aus. Die in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts gegründeten Hypothekenbanken[193] legen fast übereinstimmend die maximale Beleihungsgrenze bei zwei Drittel des Verkehrswertes fest[194]. Von den Kantonalbanken, die zu den Instituten mit gemischtem Geschäftskreis zu rechnen sind und neben Handelsbankgeschäften vor allem Hypothekarkreditgeschäfte betreiben, bestimmt z. B. die Zürcher Kantonalbank[195], daß landwirtschaftliche Grundstücke nicht höher als drei Viertel, Häuser und Ökonomiegebäude bis zu zwei Dritteln und Fabrikgrundstücke nur bis zu einem Drittel ihres „reellen Wertes“ beliehen werden dürfen.

Die Bodenverschuldung mit dem weiteren Mittel des Amortisationszwangs zu bekämpfen, hält der Gesetzesredaktor[196] im Rahmen einer Privatrechtskodifikation nicht für angebracht, weil dadurch die Vertragsfrei-

schaftliche Grundstücke „nur bis auf 80 Prozent des Durchschnittswertes“, der aus dem Ertragswert des Bodens, dem Bauwert der Gebäulichkeiten und dem Verkehrswert ermittelt wird, mit Schuldbriefen belastet werden, industrielle Grundstücke hingegen bis auf den vollen Durchschnittswert, Art. 146, 147 des Einführungsgesetzes von 1911.

[189] Kanton Schaffhausen, Art. 121 des Gesetzes über die Einführung des Schweizerischen ZGB vom 27. Juni 1911.

[190] Kanton Zürich, § 22 des Einführungsgesetzes von 1911.

[191] Betrachtungen, S. 31 f. (= Erläuterungen II, S. 169 f.).

[192] Vgl. Leemann, N. 2 zu Art. 825 ZGB. So z. B. noch Kanton Obwalden, Art. 146 I des Einführungsgesetzes von 1911 in Verbindung mit Art. 32 II des Schlußtitels zum ZGB (Anwendungs- und Einführungsbestimmungen) bei vertraglichen Grundpfandverschreibungen auf landwirtschaftlichen Grundstücken.

[193] Vgl. darüber näher Weber-Schurter (zitiert oben N. 147), S. 11 ff.

[194] Weber-Schurter, a.a.O., S. 89, 98.

[195] Nüscheler (zitiert oben N. 98), S. 64; Wegener (zitiert oben N. 41), S. 94.

[196] Betrachtungen, S. 43 ff. (= Erläuterungen II, S. 183 ff.). Vgl. auch Hedemann, a.a.O., S. 191 f.

heit zu stark eingeschränkt werde. Es sei vielmehr Sache der Kantone, durch öffentlich-rechtliche Vorschriften in den Hypothekarkreditverkehr lenkend einzugreifen und nötigenfalls den Amortisationszwang einzuführen, den sie durch ihre Hypotheken- und Kantonalbanken ohne weiteres durchsetzen könnten. Nur an einer Stelle wird im ZGB die Tilgung durch Annuitäten gesetzlich angeordnet: Bei der Bodenverbesserung eines ländlichen Grundstücks, die der Eigentümer ohne staatliche Subvention durchführt, ist die Pfandschuld durch Annuitäten von wenigstens fünf Prozent des ursprünglichen Nennwertes gemäß Art. 821 ZGB zu tilgen. Der Grund dieser Bestimmung erklärt sich daraus, daß solche zum Zweck der Bodenverbesserung errichteten Grundpfandrechte allen anderen Belastungen im Rang nach Art. 820 ZGB vorgehen und daß bei einer Bodenverbesserung ohne staatliche Subvention die Gewähr für eine rationelle Durchführung den vorher eingetragenen Berechtigten zu unsicher ist[197].

An und für sich hätte eine Amortisationspflicht des Schuldners bei gläubigerseits unkündbaren Grundpfandrechten als Ausgleich für das eingeschränkte Recht des Gläubigers nahegelegen. Doch da solche Grundpfandrechte in der Regel die sicherste Pfandstelle auf Grund der für sie bestimmten Beleihungsgrenze einnehmen, ist das Risiko für den Gläubiger gering und die Bodenverschuldung erträglich. Erst wenn der Fall eintreten sollte, daß ein solches Grundpfandrecht den letzten Teil des Grundstückswertes belastet, ist der Gläubiger auf eine Amortisationspflicht angewiesen. Daher bestimmt auch z. B. der Kanton Appenzell A. Rh. im Art. 169 seines Einführungsgesetzes zum Schweizerischen ZGB von 1911, daß Schuldbriefe, die in diesem Kanton für den Gläubiger unkündbar sind, in jährlichen Terminen abzuzahlen sind, soweit sie drei Viertel des amtlich geschätzten Verkehrswertes des Grundstücks übersteigen.

Der Gesetzesredaktor[198] verzichtet darauf, ein bestimmtes Zinsmaximum[199] gesetzlich festzulegen. Er schlägt vor, die Grundpfandverschreibungen hierfür den Bestimmungen des Obligationenrechts und der Wuchergesetze zu unterstellen. Bei den beiden Verkehrsgrundpfandrechten hält er zwar eine Beschränkung des Zinses für gerechtfertigt, weil bei ihnen das

[197] Vgl. dazu Leemann, N. 1 zu Art. 821 ZGB.

[198] Betrachtungen, S. 38 ff.; Erläuterungen II, S. 178 ff., 228 ff.

[199] Egger, a.a.O., S. 99, vertritt die Ansicht, daß nur bei der Gült ein Zinsmaximum zu bestimmen sei, da bei einem solchen „guten Grundpfandrecht, bei welchem ein Risiko ausgeschlossen ist, die Beanspruchung eines den landesüblichen Zinsfuß übersteigenden Zinses alle Berechtigung entbehrt und deshalb grundsätzlich eine obere Schranke sich sehr wohl rechtfertigt". Im übrigen wendet er sich gegen eine gesetzlich angeordnete Zinsbeschränkung. Wieland, ZSR 22 (1903), S. 190, ist gegen eine Zinsbeschränkung, „weil sich der Bodenkredit auf die Dauer niemals dem marktüblichen Zinsfuße wird entziehen können, wenn er die Konkurrenz mit den übrigen Anlagewerten aushalten will".

Risiko wegen ihrer Sicherheit gering sei. Gleichwohl sieht er von einer solchen Regelung im Zivilgesetzbuch ab und empfiehlt, daß der Bund im Wege der Spezialgesetzgebung eine Zinsgrenze in größeren Zeitabständen festsetze, um dadurch die Schwankungen, denen der Zinsfuß durch die Kredit- und Geldverhältnisse unterworfen sei, besser berücksichtigen zu können. Gemäß Art. 795 II ZGB ist es jedoch der kantonalen Gesetzgebung überlassen worden, den Höchstbetrag des Zinsfußes zu bestimmen, und zwar für alle drei Grundpfandarten; im übrigen kann die Zinspflicht in beliebiger Weise vereinbart werden, soweit sie nicht gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften gegen Mißbräuche im Zinswesen verstößt[200] (Art. 795 I ZGB). Von der Befugnis der Zinsfußbeschränkung haben die Kantone vereinzelt Gebrauch gemacht. Der Kanton Appenzell A. Rh. beispielsweise erklärt für Grundpfandrechte einen Jahreszins von höchstens 4½ % nach Art. 158 seines Einführungsgesetzes von 1911 für zulässig, und damit stimmt der Kanton Luzern für Gülten und Schuldbriefe überein, soweit sie nicht auf gewerblichen oder Industriegrundstücken bestellt sind, § 101 des Einführungsgesetzes von 1911. In den Kantonen Obwalden (Art. 141 des Einführungsgesetzes von 1911) und Appenzell I. Rh. (Art. 163 I des Einführungsgesetzes von 1911) darf der Zinsfuß bei Grundpfandrechten nicht mehr als 5 % betragen.

Das Institut der Pfandbriefe[201], wie es in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts in Preußen entwickelt worden ist, hat in der Schweiz während des ganzen 19. Jahrhunderts keinen Eingang gefunden. Das hat einerseits daran gelegen, daß für die Ausgabe von Pfandbriefen das kantonale Hypothekenrecht zu vielgestaltig und den Anforderungen des modernen Verkehrs zum Teil noch gar nicht gewachsen war. Andererseits konnten die Kantonalbanken das Bedürfnis der Landwirtschaft nach Kapital dadurch auffangen, daß es ihnen gelang, sich Kapital hauptsächlich bei den Sparern zu beschaffen, denen sie durch ihre Staatsgarantie[202] größte Sicherheit für das bei ihnen angelegte Geld bieten konnten; auf diese Weise konnten sie den Interessen des Bodenkredits gerecht werden. Als am Ende des 19. Jahrhunderts die Industriepapiere für die Geldanleger gewinnbringender wurden und daher eine immer größere Rolle spielten, wurde bei der Vereinheitlichung der Grundpfandrechtsregelung auch die Einführung der Pfand-

[200] Vgl. dazu Leemann, N. 2 ff. zu Art. 795 ZGB.

[201] Vgl. hierüber Arthur Lamazure, Das System der Obligation foncières und der Pfandbriefe . . ., Diss. Bern 1909, S. 223 ff.; Rud. v. Schulthess Rechberg, Grundzüge eines Bundesgesetzes über Pfandbriefe, ZSR 37 (1918), S. 469 ff.; Hedemann, a.a.O., S. 219 f. mit weiteren Literaturangaben in N. 46.

[202] Vgl. auch Hedemann, a.a.O., S. 209.

briefe und deren Berücksichtigung im ZGB gefordert[203]. Man begnügte sich aber zunächst nur damit, die Pfandbriefe mit einigen Leitsätzen zu ordnen (Art. 916 bis 918 alte Fassung ZGB), und überließ einem später zu erlassenden Spezialgesetz die genauere Regelung. Erst mit Bundesgesetz über die Ausgabe von Pfandbriefen vom 25. Juni 1930 ist dieses Institut näher gesetzlich bestimmt worden. Es sind hierfür zwei Pfandbriefzentralen errichtet worden, weil sich die Bankverbände auf eine allein nicht verständigen konnten.

Zum Schluß sei noch die Frage aufgeworfen, ob die drei Grundpfandarten seit ihrer Geltung die Bedeutung erlangt haben, die ihnen der Gesetzesredaktor beigemessen hat. Aus einem Aufsatz aus dem Jahre 1952[204] geht hervor, daß man mehr der Tradition als dem Zweck der einzelnen Grundpfandarten gefolgt sei. So habe man in den Kantonen, in denen man die gemeinrechtliche Hypothek gekannt habe, überwiegend die Grundpfandverschreibung angewendet, und zwar für alle Verpfändungszwecke. Hingegen sei es in einzelnen Kantonen, in denen der Schuldbrief bevorzugt worden sei, auch heute dabei geblieben, und man benutze ihn auch für Fälle, wo eine Grundpfandverschreibung zweckmäßiger sei. Die Gült aber, die früher auf dem Land beliebter war als in der Stadt, hat sich nicht auszubreiten vermocht. Zwar ist sie durch das Bundesgesetz über die Entschuldung landwirtschaftlicher Heimwesen vom 12. Dezember 1940 für den Verkehr günstiger ausgestaltet worden, indem man die Belastungsgrenze bei landwirtschaftlichen Liegenschaften auf drei Viertel erhöht (Art. 848 ZGB) und dem Gläubiger das Recht einräumt, die Gült auf Ende einer Periode von 15 Jahren mit vorausgehender einjähriger Kündigungsfrist abzulösen (Art. 850 II ZGB). Aber die von Professor Oftinger angeregte Umfrage unter den Grundbuchverwaltern aus dem Jahre 1967 hat ergeben, daß die Gült seit Inkrafttreten des ZGB in den meisten Kantonen gar nicht, in St. Gallen äußerst selten, in Zug und Baselland nur ein einziges Mal errichtet worden sei. Das hat den Chef des Eidgenössischen Grundbuchamtes Bern zu der Bemerkung veranlaßt[205]: „Was die Gült angeht, so ist wahrscheinlich ihre Anwendung geringer als diejenige der Artikel im ZGB, die sich mit ihr beschäftigen." Hinsichtlich der Gült unterlag der Gesetzesredaktor demnach einer Fehleinschätzung.

[203] Huber, Betrachtungen, S. 98 (= Erläuterungen II, S. 220 f.); Egger, a.a.O., S. 119 f.; Wieland, ZSR 22 (1903), S. 186 ff.

[204] Friedrich (zitiert oben N. 139), S. 87 ff.

[205] Gerhard Eggen, Die Verbreitung von Grundlast und Gült, Schweizerische Juristen-Zeitung 63 (1967), S. 290.

Wie sehr es Eugen Huber bewußt ist, daß seine entworfene Regelung der Grundpfandrechte, in der die Rechte und Pflichten des Gläubigers und Schuldners in einem ausgewogenen Maß aufeinander abgestimmt und die Möglichkeiten zur Förderung des Bodenkredits außerordentlich verbessert worden sind, auch zu anderen Zwecken als den von ihm beabsichtigten verwendet werden kann, zeigt folgendes Zitat aus dem Jahre 1905[206]:

„Die Kreditverhältnisse haben sich verändert. Der Kapitalbesitz ist zu einer Erwerbsquelle geworden, die mit den Einkünften aus dem Immobiliareigentum konkurriert, und in gar vielen Fällen erscheint es dem Grundeigentümer vorteilhaft, seinen Grundbesitz zur Erhebung von Darlehen zu benützen, die er nicht für den Erwerb des Bodens und auch nicht für dessen Bewirtschaftung nötig hat, sondern einfach zu kapitalistischen Unternehmungen verwendet."

206 Huber, Grundeigentum, Handwörterbuch der Schweizerischen Volkswirtschaft ..., II. Band, Bern 1905, S. 428.

Lebenslauf

Am 6. Juli 1937 wurde ich in Kassel geboren. Ich besuchte dort die Volksschule und von Herbst 1947 bis Februar 1957 das Realgymnasium "Wilhelmschule". Nach Ableistung des Militärdienstes als Wehrpflichtiger studierte ich ab Wintersemester 1958/59 Rechtswissenschaft an der Universität Göttingen, Freiburg i.B., West-Berlin und Frankfurt a. M. und bestand im Juli 1963 die erste rechtswissenschaftliche Staatsprüfung. Als Gerichtsreferendar wurde ich in Hessen, West-Berlin und Paris ausgebildet und schloss im Juni 1967 mit der zweiten juristischen Staatsprüfung ab. Anschliessend studierte ich drei Semester Nationalökonomie an der Universität Marburg. Von 1969 bis 1978 war ich als wissenschaftlicher Assistent in Zürich bei Prof. Dr. H. Peter tätig und habe bei ihm insbesondere an der Neuauflage des von Tuhr'schen Lehrbuchs mitgearbeitet. Seit Sommersemester 1977 bin ich bei der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich immatrikuliert. Im Dezember 1978 bestand ich das Lizentiat und im Mai 1979 die Doktorprüfung. Seit August 1978 bin ich als juristischer Mitarbeiter beim Institut für Orts-, Regional- und Landesplanung in Zürich angestellt.